

Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens

Astrid Epiney/Nina Gammenthaler

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney/Nina Gammenthaler, Marktzugang in der EU und in der Schweiz: Rechtsquellen, Tragweite der Grundfreiheiten und des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: Astrid Epiney/Nina Gammenthaler/Inge Hochreutener (Hrsg.), Marktzugang in der EU und in der Schweiz. Zur grenzüberschreitenden Mobilität von Personen und Unternehmen im EU-Recht und dem Personenfreizügigkeitsabkommen, Zürich 2008, S. 1-44. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript geringfügige Modifikationen enthält.

- A. Einleitung
- B. Primärrecht: die Personenverkehrsfreiheiten
 - I. Zur Dogmatik der Grundfreiheiten im EG-Vertrag – eine Skizze
 - II. Bedeutung des Primärrechts für den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten
- C. Zur Tragweite des Sekundärrechts
 - I. Das System bis Oktober 2007
 - II. Das neue System: die Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36)
 - III. Exkurs: zur Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123)
- D. Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens – eine Skizze
- E. Schluss

A. Einleitung

Ein Grundanliegen des Binnenmarkts ist die freie Zirkulation der „Produktionsfaktoren“¹, dies im Hinblick auf eine rationellere Verteilung der Wirtschaftstätigkeiten innerhalb der Gemeinschaft und eine Förderung der Spezialisierung in den verschiedenen Sektoren². Die freie Zirkulation der Produktionsfaktoren impliziert jedoch den Abbau von Marktzugangsschranken. Solche bestehen in Bezug auf die in diesem Band und in diesem Beitrag im Vordergrund stehende Freizügigkeit der Personen – wobei hiermit allgemein auf die grenzüberschreitende berufliche Tätigkeit Bezug genommen wird, unabhängig davon, ob diese unselbständig oder selbständig bzw. dauerhaft oder nur vorübergehend erfolgt – in erster Linie in der Formulierung von Anforderungen unterschiedlicher Art für die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten. Dabei können derartige Anforderungen – sofern sie allgemeine Geltung entfalten (sollen) – durch den Staat oder Berufsorganisationen definiert werden.

Darüber hinaus können Private keine allgemein zu beachtenden Anforderungen in diesem Sinn aufstellen, da sie keine Hoheitsgewalt ausüben bzw. keine Kompetenz haben, Anforderungen für bestimmte Berufe mit Verpflichtungswirkung für andere Marktteilnehmer zu formulieren. Hingegen können einzelne Private für die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten gewisse Anforderungen stellen³.

Die Staaten bzw. die Berufsorganisationen in den verschiedenen Staaten haben in Bezug auf die an die Ausübung eines bestimmten Berufes zu stellenden Anforderungen teilweise abweichende Optionen getroffen; dies überrascht schon deshalb nicht, weil hinter derartigen Entscheidungen politische Präferenzen stehen und im Übrigen auch die jeweilige (rechtliche, wirtschaftliche und politische) Tradition sowie das entsprechende Umfeld eine massgebliche Rolle spielen.

Deutlich wird damit auch, dass diese nationalen Regelungen in Konflikt mit dem eingangs erwähnten Anliegen des Binnenmarktes, Marktzugangsschranken abzubauen, stehen.

¹ Vgl. hierzu nur (m.w.N.) *Wolfgang Kahl*, Art. 14 EGV, Rn. 18 ff., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007. S. ansonsten im Vertrag Art. 2, 3 Abs. 1 lit. c und 14 EGV.

² *Stefan Stork*, Die neue Rahmenrichtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (RL 2005/36/EG) unter besonderer Berücksichtigung reglementierter Handwerksberufe, WiVerw 2006, 152, 153.

³ Zur Frage der „Drittwirkung“ der Grundfreiheiten noch die Hinweise unten.

gangsschranken abzubauen, geraten (können): Denn unterschiedliche Zugangsbedingungen zu bestimmten Berufen in verschiedenen Staaten ziehen in entsprechendem Umfang Marktzugangsschranken nach sich. Vor diesem Hintergrund müssen sich die jeweiligen Berufszulassungs- und/oder -ausübungsregeln an gewisse rechtliche Vorgaben halten. Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist es, die verschiedenen „Kategorien“ solcher rechtlichen Vorgaben zu benennen; es geht hier – im Zusammenhang mit dem europäischen Gemeinschaftsrecht⁴ – um die Grundfreiheiten (B.), gewisse Rechtsakte des gemeinschaftlichen Sekundärrechts (C.) sowie das Personenfreizügigkeitsabkommen (D.), das letztlich die entsprechenden Teile des gemeinschaftlichen Besitzstandes für das Verhältnis zur Schweiz „übernimmt“. Dabei liegt der Schwerpunkt aber auf den Grundfreiheiten sowie dem Personenfreizügigkeitsabkommen, da die einschlägigen sekundärrechtlichen Rechtsakte Gegenstand eines eigenen Beitrags sind⁵.

B. Primärrecht: die Personenverkehrsfreiheiten

Wenn die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einzelner Tätigkeiten vom Vorhandensein bestimmter (nationaler) Qualifikationen oder die Ausübung solcher Tätigkeiten spezifischen Anforderungen unterwerfen, können die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit, aber auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit potentiell beeinträchtigt werden. Im Folgenden soll – auf der Grundlage eines kurzen Überblicks über die dogmatischen Strukturen der Personenverkehrsfreiheiten (I.) – die genaue Tragweite dieser Grundfreiheiten in Bezug auf die von den Mitgliedstaaten für die Regelung von Zugang und Ausübung von (bestimmten) Berufen zu beachtenden rechtlichen Vorgaben eruiert werden (II.).

⁴ Aber auch das nationale Recht kennt selbstredend solche Vorgaben. An erster Stelle zu nennen sind hier (für die Schweiz) das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit und das Binnenmarktgesetz. Auf nationales Recht soll hier jedoch nicht eingegangen werden.

⁵ Vgl. den Beitrag von *Winfried Kluth* (in diesem Band).

I. Zur Dogmatik der Grundfreiheiten im EG-Vertrag – eine Skizze

Der EG-Vertrag unterscheidet in Bezug auf die Personenverkehrsfreiheiten zwischen den auf den dauernden Verbleib in einem anderen Mitgliedstaat gerichteten Grundfreiheiten der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 39 EGV) und der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EGV) sowie der auf einer vorübergehenden Tätigkeit in einem Mitgliedstaat gerichteten Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV)⁶. Im Falle von Berufszulassungs- und /oder -ausübungsregeln können – je nach konkreter Fallgestaltung – alle drei Personenverkehrsfreiheiten von Bedeutung sein. Obwohl sie im EG-Vertrag getrennt und teilweise auch etwas anders geregelt bzw. formuliert sind, zeichnet sich doch in den letzten Jahren insbesondere in der Rechtsprechung eine Tendenz ab, die Grundfreiheiten im Allgemeinen und die Personenfreizügigkeitsrecht im Besonderen nach gemeinsamen Grundsätzen auszulegen und anzuwenden⁷, so dass vielfach von einer Konvergenz der Grundfreiheiten gesprochen wird⁸. Ohne

⁶ Vgl. zur genauen Abgrenzung zwischen den Anwendungsbereichen dieser Grundfreiheiten aus der Judikatur insbesondere EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165; EuGH, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351; EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039; EuGH, Rs. C-196/04, *Cadbury-Schweppes*, Slg. 2006, I-7995; EuGH, Rs. C-374/04, *Test Claimants*, Slg. 2006, I-11673; EuGH, Rs. C-446/04, *Test Claimants*, Slg. 2006, I-11753. S. ansonsten zu den für die Eröffnung des Schutzbereichs der jeweiligen Grundfreiheiten massgeblichen Kriterien, die letztlich auch im Zusammenhang mit der Abgrenzung ihres jeweiligen Anwendungsbereichs entscheidend sind, den Überblick bei *Astrid Epiney/Robert Mosters/Annekathrin Meier*, Europarecht II. Die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, 2. Aufl., 2007, 73 ff., 95 ff., 128 ff., sowie die Kommentierungen der einzelnen Grundfreiheiten in Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007.

⁷ S. jüngst in diesem Zusammenhang EuGH, Rs. C-438/05, *International Transport Workers Federation*, Urt. v. 11.12.2007, wo der EuGH die Drittwirkung von Art. 43 EGV festhält (die für Art. 39, 49 EGV bereits in unterschiedlichem Umfang bejaht wurde), eine Frage, die bislang ungeklärt war.

⁸ Vgl. aus der Literatur etwa *Rudolf Streinz*, Konvergenz der Grundfreiheiten, Aufgabe der Differenzierungen des EG-Vertrages und der Unterscheidung zwischen unterschiedlichen und unterschiedslosen Massnahmen? Zu Tendenzen der Rechtsprechung des EuGH, FS Walter Rudolf, 2001, 199

dass der Problematik, ob eine solche Konvergenz wirklich in allen Bereichen vollumfänglich zu bejahen ist, im vorliegenden Rahmen im Einzelnen nachgegangen werden kann, ist für unsere Zwecke festzuhalten, dass die in Bezug auf die Frage des Zugangs und der Ausübung beruflicher Aktivitäten relevanten Aspekte der rechtlichen Tragweite der Personenverkehrsfreiheiten parallel ausgestaltet sind, so dass ihre dogmatischen Grundstrukturen gemeinsam erörtert werden können.⁹ Dabei kann zwischen dem Schutzbereich (1.), dem Vorliegen eines Eingriffs (2.) und der Rechtfertigung desselben (3.) unterschieden werden.

1. Schutzbereich

Erstens muss der **sachliche und persönliche Schutzbereich** der Grundfreiheiten – wobei ersterer auch einen wirtschaftlichen Charakter der jeweiligen Tätigkeit und einen grenzüberschreitenden Bezug¹⁰ voraussetzt¹¹ – eröffnet sein¹².

ff.; Philipp, Steinberg, Zur Konvergenz der Grundfreiheiten auf der Tatbestands- und Rechtfertigungsebene, EuGRZ 2002, 13 ff.; Hans D. Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten II, EuR 2000, 705 ff.; Wolfgang Weiß, Nationales Steuerrecht und Niederlassungsfreiheit. Von der Konvergenz der Grundfreiheiten als Beschränkungsverbote zur Auflösung der Differenzierung zwischen unterschiedslosen und unterschiedlichen Massnahmen, EuZW 1999, 493 ff.

⁹ Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass auch die Rechtsprechung häufig bei solchen Regelungen einen Verstoss gegen alle Personenverkehrsfreiheiten feststellt (in Vertragsverletzungsverfahren) oder (in Vorabentscheidungsverfahren) seine Aussagen auf alle Personenfreizügigkeitsrechte bezieht. Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EuGH, Rs. C-208/05, *ITC*, EuZW 2007, 220; EuGH, Rs. C-465/05, *Kommission/Italien*, Urt. v. 13.12.2007; EuGH, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Urt. v. 18.7.2007; EuGH, Rs. C-451/03, *Calafiori*, Slg. 2006, I-2941; EuGH, Rs. C-514/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-963; EuGH, Rs. C-330/03, *Colegio*, Slg. 2006, I-801; EuGH, Rs. C-514/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-963.

¹⁰ Vgl. hierzu nur etwa EuGH, Rs. C-134/95, *USSL*, Slg. 1997, I-195, Rz. 19; EuGH, Rs. C-60/00, *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279, Rz. 28; EuGH, Rs. C-459/99, *MRAX*, Slg. 2002, I-6591, Rz. 39. Wie diese Urteile auch zeigen, stellt der EuGH jedoch an das Erfordernis eines grenzüberschreitenden Bezugs keine sehr hohen Anforderungen. Vgl. schon die entsprechenden

Die Ermittlung des sachlichen Anwendungsbereiches der jeweiligen Grundfreiheit erfordert eine Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Grundfreiheit. Diese bestimmt zugleich die Abgrenzung der Grundfreiheiten untereinander. In Bezug auf Berufszulassungs- und / oder Berufsausübungsregeln können regelmässig zwei oder drei Personenfreizügigkeitsrechte betroffen sein, und der EuGH lässt zum Teil offen, welche Grundfreiheit auf den Sachverhalt tatsächlich anzuwenden ist¹³.

In persönlicher Hinsicht stehen die Personenverkehrsfreiheiten den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten¹⁴ sowie juristischen Personen, sofern diese nach den Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaats gegründet wurden und ihren satzungsmässigen Sitz oder ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Gemeinschaft haben¹⁵, zu.

Nicht vom Schutzbereich der Grundfreiheiten erfasst werden Tätigkeiten in der öffentlichen Verwaltung (Art. 39 Abs. 4 EGV) bzw. Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 45 EGV, Art. 55 i.V.m. Art. 45 EGV). Erfasst werden von dieser eng auszulegen-

Konstellationen in EuGH, Rs. 235/87, *Matteucci*, Slg. 1988, 5589; EuGH, Rs. 15/78, *Koestler*, Slg. 1978, 1971, Rz. 3.

¹¹ *Rudolf Streinz*, Europarecht, 7. Aufl., 2005, Rn. 790; vgl. auch EuGH, verb. Rs. C-51/96 und C-191/97, *Deliège*, Slg. 2000, I-2549, Rz. 41, für die Ausübung von Sport.

¹² Ebenso wie der räumliche Anwendungsbereich, der in unserem Zusammenhang jedoch in der Regel keine besonderen Schwierigkeiten aufwerfen wird. Vgl. zum räumlichen Anwendungsbereich des Vertrages Art. 299 EGV.

¹³ So z.B. in EuGH, Rs. C-106/91, *Ramrath*, Slg. 1992, I-3351, Rz. 24, wo der Gerichtshof offen liess, ob die Tätigkeit eines Wirtschaftsprüfers als unselbständige, selbständige oder dienstleistende Tätigkeit zu beurteilen sei. Vgl. hierzu auch *Thorsten Kingreen*, Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 77. S. sodann die Nachweise in Fn. 9 auf die Rechtsprechung, bei der der EuGH mehrere Grundfreiheiten parallel heranzieht.

¹⁴ Darüber hinaus räumt das Sekundärrecht auch den Angehörigen der Erwerbstätigen aus anderen Mitgliedstaaten gewisse Rechte ein, dies auch dann, wenn sie nicht die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzen. Vgl. hierzu ausführlich *Astrid Epiney/Andrea Faeh*, Zum Aufenthaltsrecht von Familienangehörigen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: A-chermann/Caroni/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2005/2006, 2006, 49 ff.

¹⁵ Art. 48 EGV; für den Bereich der Dienstleistungsfreiheit i.V.m. Art. 55 EGV.

den¹⁶ Bereichsausnahme nach der Rechtsprechung¹⁷ nur solche Tätigkeiten, die unmittelbar oder mittelbar eine Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Befugnisse dient und damit der Wahrung der allgemeinen Belange des Staates dient¹⁸, wobei in den Fällen, in denen derartige Befugnisse nicht regelmässig ausgeübt werden und nur einen sehr geringen Teil der Tätigkeit der jeweiligen Personen ausmachen diese Bereichsausnahmen nicht einschlägig sind¹⁹.

Im Zusammenhang mit dem Marktzugang von EU-Ausländern ist hier insbesondere fraglich, ob Tätigkeiten im Bereich Parteivertretung vor Gericht oder das Notariat in bestimmten Mitgliedstaaten unter die Bereichsausnahme der öffentlichen Verwaltung bzw. der Ausübung öffentlicher Gewalt fallen können. Der EuGH stellte in Bezug auf die Betätigung als Rechtsanwalt allgemein bereits 1974 klar, dass Zugangsbeschränkungen für EG-Ausländer nur insoweit gerechtfertigt sind, als die Tätigkeit „in sich selbst betrachtet, eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung hoheitlicher Gewalt“²⁰ darstellt. Nach der Rechtsprechung muss die staatliche Zulassungsbeschränkung aber unbedingt erforderlich²¹ sein, um die anerkannten Interessen des Mitgliedstaates zu schützen²². Gerade bei der Tätigkeit der Notare muss

¹⁶ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. 149/79, *Kommission/Belgien*, Slg. 1980, 3881, Rz. 18 f.

¹⁷ Die diese Begriffe als gemeinschaftsrechtliche Begriffe begreift, vgl. nur EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207.

¹⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207; EuGH, Rs. C-290/94, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1996, I-3285; EuGH, Rs. C-173/94, *Kommission/Belgien*, Slg. 1996, I-3265; EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993, I-4047; EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-4363; EuGH, Rs. C-473/93, *Kommission/Luxemburg*, Slg. 1996, I-3207. Beschäftigungen bei natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts werden von vornherein nicht von der Bereichsausnahme erfasst, vgl. EuGH, Rs. C-109/04, *Kranemann*, Slg. 2005, I-2421, Rz. 19; s. auch EuGH, Rs. C-283/99, *Kommission/Italien*, Slg. 2001, I-4363, Rz. 25; wo präzisiert wird, dass die Zuordnung unabhängig von den Aufgaben, die der Beschäftigte zu erfüllen hat, erfolgen muss.

¹⁹ EuGH, Rs. C-47/02, *Anker*, Slg. 2003, I-10447; EuGH, Rs. C-405/01, *Collegio de Oficiales de la Marina Espanola*, Slg. 2003, I-10391, in Bezug auf Art. 39 Abs. 4 EGV.

²⁰ EuGH, Rs. 2/74, *Reyners*, Slg. 1974, 631, Rz. 44/45.

²¹ So EuGH, Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1988, 1637, Rz. 7.

²² Vgl. so auch Jürgen Bröhmer, Art. 46, Rz. 2, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007.

daher im Einzelnen nachgewiesen werden, inwieweit der Notar an der Ausübung der öffentlichen Gewalt teilnimmt und nicht bloss helfend und vorbereitend tätig wird²³. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Beurkundungsfunktion der Notare, aber auch bei deren beratenden Tätigkeiten im Bereich des Zivilrechts (Ehe und Familie, Erbangelegenheiten) und bei der Gestaltung diverser Verträge nicht immer zweifelsfrei festzustellen. Es ist daher im Einzelfall zu prüfen, ob die in Frage stehende Tätigkeit von Anwälten oder Notaren einen derart engen Konnex zur öffentlichen Gewaltausübung aufweisen, dass die Bereichsausnahme zum Tragen kommen kann. Zudem ist der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu beachten²⁴. Sind also mildere Mittel möglich²⁵, die zu wahren Interessen des Mitgliedstaates (durch geeignete besondere Kontrollmechanismen) zu schützen, kann die Bereichsausnahme der Tätigkeit nicht zum Tragen kommen.

Die Personenverkehrsfreiheiten richten sich primär an die Mitgliedstaaten. Allerdings sind auch kollektiv handelnde (private) Verbände bei der Wahrnehmung ihrer Kompetenzen umfassend an die Art. 39, 43, 49 EGV gebunden²⁶. Darüber hinaus hat der EuGH eine umfassende **Drittwirkung** zumindest für das Diskriminierungsverbot im Rahmen des Art. 39 EGV bejaht²⁷. Angesichts des Umstandes, dass die in diesem Beitrag diskutierten Beschränkungen des Marktzugangs im Wesentlichen auf staatlichen Regelungen oder auf Verbandsbestimmungen beruhen, soll auf diesen komplexen Problemkreis hier nicht weiter eingegangen werden²⁸.

²³ So EuGH, Rs. C-42/92, *Thijssen*, Slg. 1993, I-4047, Rz. 22, wo es um die Tätigkeit eines zugelassenen Wirtschaftsprüfers bei Versicherungsunternehmen und privaten Vorsorgeeinrichtungen ging und der EuGH im Endeffekt die Ausübung spezifischer öffentlicher Gewalt verneint hat. Art. 5 Abs. 2 der Niederlassungsrichtlinie für Rechtsanwälte RL 98/5/EG erlaubt ausdrücklich den Vorbehalt von bestimmten Tätigkeiten für Notare

²⁴ EuGH, Rs. 147/86, *Kommission/Griechenland*, Slg. 1987, 4097, Rz. 9, wo es um den Bereich der Ausbildung ging.

²⁵ Zum Beispiel Genehmigungspflichten oder Kontrollaufsicht, *Bröhmer*, Art. 46 (Fn. 22), Rn. 6.

²⁶ EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921; EuGH, Rs. 36/74, *Walrave*, Slg. 1974, 1405; EuGH, Rs. C-15/96, *Schöning-Kongebetopoulou*, Slg. 1998, I-47; EuGH, Rs. C-438/05, *International Transport Workers Federation*, Urt. v. 11.12.2007.

²⁷ EuGH, Rs. C-281/98, *Angonese*, Slg. 2000, I-4139.

²⁸ Für eine ausführliche Betrachtung der Problematik, siehe *Kara Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005; *Rasso*

2. Eingriff

Die Personenverkehrsfreiheiten stehen sowohl (formellen oder materiellen²⁹) Diskriminierungen als auch Beschränkungen, die die Wahrnehmung der entsprechenden Rechte behindern können, entgegen³⁰; dabei wird aber teilweise³¹ davon ausgegangen, dass im Falle des Vorliegens unterschiedslos geltender (nationaler) Massnahmen nur dann eine verbotene Beschränkung darstellen könne, wenn der Zugang zum betreffenden Markt beeinträchtigt ist³².

Aufgeworfen wird damit die Frage der Übertragbarkeit der im Zusammenhang mit dem freien Warenverkehr entwickelten sog. *Keck*-Rechtsprechung³³

Graber, Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2002; *Thorsten Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, 631ff.

²⁹ Zu den Begriffe nur *Astrid Epiney*, Art. 12, Rz. 11 ff., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007.

³⁰ Vgl. für Art. 39 EuGH, Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I-4921; für Art. 43 EuGH, Rs. C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*, Slg. 2004, I-2409; für Art. 49 EGV EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141. S. auch EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031, wo der EuGH „Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit“ (Rz. 46) als ausreichend für die Annahme einer Beschränkung ansah. S. weiter für Art. 43 EGV (dessen Auslegung als Beschränkungsverbot wohl am längsten nicht ganz klar bzw. streitig war, EuGH, Rs. C-212/97, *Centros*, Slg. 1999, I-1459; EuGH, Rs. C-255/97, *Pfeiffer*, Slg. 1999, I-2835; EuGH, Rs. C-424/97, *Haim II*, Slg. 2000, I-5123; EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001, I-837.

³¹ Darüber hinaus wird auch teilweise eine gewisse Spürbarkeit der Beeinträchtigung verlangt, wofür sich in der Rechtsprechung durchaus auch gewisse Anhaltspunkte finden lassen, wenn sie auch vereinzelt bleiben. Vgl. zur Problematik mit zahlreichen weiteren Nachweisen auf Literatur und Rechtsprechung *Christian Ranacher*, Grundfreiheiten und Spürbarkeitstheorie, ZfRV 2001, 95 ff. In unserem Zusammenhang dürfte diese Frage keine Rolle spielen, da Marktzugangsregelungen in Bezug auf die Ausübung bestimmter Berufe von vornherein „spürbar“ sind.

³² Vgl. z.B. *Winfried Brechmann*, Art. 39, Rz. 52 ff., in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV / EGV, Kommentar, 3. Aufl., 2007 (in Bezug auf Art. 39 EGV).

³³ EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck und Mithouard*, Slg. 1993, I-6097.

auf die Personenverkehrsfreiheiten³⁴. Der EuGH hat sich hierzu zwar noch nicht ausdrücklich geäußert; verschiedene Urteile dürften aber auf eine solche Übertragbarkeit hindeuten³⁵. Die besseren Gründe dürften denn auch für eine Übertragung des Grundgedankens der *Keck*-Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten sprechen: Denn auch hier sind Regelungen denkbar, die sich zwar mittelbar oder potenziell auf die Wahrnehmung der durch die Personenfreizügigkeitsrechte eingeräumten Rechte auswirken können, die aber letztlich nur Modalitäten der Tätigkeit (das „Wie“ und nicht das „Ob“ einer Tätigkeit) betreffen, so dass sich auch hier eine Einschränkung des weiten Beschränkungsbegriffs aufdrängen könnte. Entscheidend wäre damit – neben der jedenfalls vorausgesetzten nicht diskriminierenden Wirkung der Massnahme – das Vorliegen einer „Berufsausübungs- oder Beschäftigungsmodalität“, die gerade nicht den Zugang zu der entsprechenden Tätigkeit betrifft.

Stellt ein Mitgliedstaat oder ein Berufsverband Anforderungen an den Zugang oder die Ausübung eines bestimmten Berufs, die an die Qualifikationen der diesen ausübenden Personen anknüpfen, liegt regelmässig zumindest eine vom Tatbestand der Personenverkehrsfreiheiten erfasste Beschränkung vor, geht es doch um den Zugang zu dem jeweiligen Beruf, der durch derartige Anforderungen behindert werden kann³⁶. Aber auch Genehmigungsanforderungen oder gewisse Auflagen an die Art und Weise der Ausübung eines Berufs erfüllen in der Regel³⁷ die Voraussetzungen einer Beschränkung der jeweiligen Grundfreiheit, werden doch auch durch derartige Erfordernisse diejenigen Personen, die diesen Vorgaben nicht nachkommen (wollen), von der Ausübung des entsprechenden Berufes ausgeschlossen.

3. Rechtfertigung

³⁴ Für eine eingehende Auseinandersetzung mit der Problematik siehe *Sonja Feiden*, Die Bedeutung der „Keck“-Rechtsprechung im System der Grundfreiheiten – Ein Beitrag zur Konvergenz der Freiheiten, 2003; *Körber*, Grundfreiheiten (Fn. 28), 305 ff.

³⁵ EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141; EuGH, Rs. EuGH, verb. Rs. C-544/03, C-545/03, *Mobistar*, Slg. 2005, I-7723 (für Art. 49 EGV); EuGH, Rs. C-190/98, *Graf/Filzmoser*, Slg. 2000, I-493 (für Art. 39 EGV).

³⁶ Vgl. noch die verschiedenen Beispiele aus der Rechtsprechung unten.

³⁷ Unabhängig von der Frage der Übertragbarkeit der *Keck*-Rechtsprechung auf die Personenverkehrsfreiheiten.

Ist ein Eingriff in eine der Personenverkehrsfreiheiten (durch eine nationale Massnahme) zu bejahen, kann dieser gleichwohl mit dem EG-Vertrag vereinbar sein, sofern er gerechtfertigt werden kann. Dabei sind geschriebene und ungeschriebene Rechtfertigungsgründe³⁸ zu unterscheiden:

- Art. 39 Abs. 3, Art. 46 sowie Art. 55 i.V.m. Art. 46 EGV erlauben Eingriffe in die Personenverkehrsfreiheiten, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Diese Begriffe sind gemeinschaftsrechtliche Begriffe, auch wenn insbesondere der Begriff der öffentlichen Ordnung den Mitgliedstaaten einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumen³⁹; allerdings kann dieser Rechtfertigungsgrund nach der Rechtsprechung des EuGH nur dann geltend gemacht werden, wenn eine „tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt“⁴⁰.

Die RL 2004/38 über die Freizügigkeit von Unionsbürgern⁴¹ definiert und konkretisiert die Begriffe der öffentlichen Ordnung und Sicherheit sowie der öffentlichen Gesundheit in Anknüpfung an die diesbezügliche Rechtsprechung näher⁴².

³⁸ Jedenfalls muss es sich um sog. nicht wirtschaftliche Gründe handeln. Vgl. hierzu EuGH, Aus der Literatur etwa Vgl. in diesem Zusammenhang auch Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten (Art. 27), ABl. L 158 vom 30.4.2004, 77.

³⁹ So können die Mitgliedstaaten „im Wesentlichen frei nach ihren nationalen Bedürfnissen bestimmen, was die öffentliche Ordnung verlangt“, EuGH, Rs. 36/75, *Rutili*, Slg. 1975, 1219, Rz. 26/28.

⁴⁰ Siehe nur EuGH, Rs. 36/75, *Rutili*, Slg. 1975, 1219, Rz. 26/28; EuGH, Rs. C-54/99, *Scientology*, Slg. 2000, I-1335, Rz. 17; EuGH, Rs. C-100/01, *Olazabal*, Slg. 2002, I-10981, Rz. 39, jeweils mit weiteren Hinweisen.

⁴¹ Fn. 38.

⁴² Neben dem bereits erwähnten Verbot der Einschränkung der Freizügigkeit aus wirtschaftlichen Gründen (Art. 27 Abs. 1 RL 2004/38), ist das persönliche Verhalten der von der Regelung betroffenen Person sowie der Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen (Art. 27 Abs. 2 RL 2004/38). Weiter enthält die Richtlinie Regelungen zu Ausweisungsanordnungen und Schutzbestimmungen wegen Krankheit und Gebrechen (Art.

- Darüber hinaus können zumindest mittelbare Diskriminierungen und Beschränkungen⁴³ auch durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls – worunter letztlich umfassend alle öffentlichen Interessen subsumierbar sind – gerechtfertigt werden.

So erachtete der EuGH beispielsweise die Notwendigkeit gewisser sprachlicher Qualifikationen für eine Kassenzulassung von Zahnärzten für ein solches Erfordernis⁴⁴.

Ist das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrunds nach den skizzierten Grundsätzen bzw. das Bestehen einer Gefahr für das entsprechende Rechtsgut zu bejahen, muss die (nationale) Massnahme noch den Anforderungen der Verhältnismässigkeitsprüfung genügen, d.h. sie muss auch tatsächlich geeignet zur Erreichung des angestrebten Ziels sein und diese dürfen nicht auch mit weniger einschränkenden Massnahmen erreichbar sein (Erforderlichkeit)⁴⁵. Jedenfalls ist das Verhältnismässigkeitsprinzip

28 ff. RL 2004/38) sowie verfahrensrechtliche Mindestgarantien (Art. 30 ff. RL 2004/38).

⁴³ Hingegen dürfte der EuGH davon ausgehen, dass direkte Diskriminierungen nur durch die geschriebenen Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden können. Vgl. EuGH, Rs. C-451/03, *Calafiori*, Slg. 2006, I-2941, Rz. 36 f.

⁴⁴ So in EuGH, Rs. C-424/97, *Haim II*, Slg. 2000, I-5123, Rz. 59; als weitere zwingende Gründe des Allgemeininteresses hat der Gerichtshof in EuGH, Rs. C-288/89, *Stichting*, Slg. 1991, I-4007, Rz. 14, folgende aufgelistet: Schutz der Empfänger von Dienstleistungen durch bestimmte Berufsregeln, Schutz des geistigen Eigentums, Schutz der Arbeitnehmer, Schutz der Verbraucher, die Erhaltung des nationalen historischen und künstlerischen Erbes, sowie die Aufwertung der archäologischen, historischen und künstlerischen Reichtümer und die bestmögliche Verbreitung von Kenntnissen über das künstlerische und kulturelle Erbe eines Landes (Hinweise zu den jeweiligen Entscheidungen siehe EuGH Urteil oben, Rz. 16). Weiter wurde der Schutz der geordneten Rechtspflege in EuGH, Rs. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Slg. 1996, I-6511, Rz. 36, anerkannt. S. ansonsten noch spezifisch im Zusammenhang mit der hier im Vordergrund stehenden Frage nach dem Marktzugang zu bestimmten Tätigkeiten in anderen Mitgliedstaaten unten.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-54/99, *Scientology*, Slg. 2000, I-1335, Rz. 18; EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165, Rz. 37.

nicht schon deshalb verletzt, weil ein anderer Mitgliedstaat in vergleichbarer Situation weniger eingreifende Schutzmassnahmen ergriffen hat⁴⁶.

In Bezug auf die im vorliegenden Beitrag im Vordergrund stehende Problematik hat der EuGH diese Grundsätze in der **Rs. C-55/94 (Gebhard)**⁴⁷ zusammengefasst. Im nationalen Ausgangsverfahren war einem deutschen Rechtsanwalt ein Verstoß gegen die einschlägigen Vorgaben des italienischen Rechts zu Last gelegt worden, weil er in Italien unter der Verwendung der Bezeichnung „avvocato“ eine dauernde Berufstätigkeit in eigener Kanzlei ausgeübt hatte. Ausgehend von der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Personenverkehrsfreiheiten (hier des Art. 43 EGV) formulierte der EuGH in allgemeiner Form die Rechtmässigkeitsanforderungen an nationale Vorschriften, die für die Ausübung eines bestimmten Berufs ein bestimmtes Diplom verlangen oder Voraussetzungen für die Verwendung von Berufsbezeichnungen vorsehen: Erstens müssten die nationalen Massnahmen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. Zweitens müssten sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und schliesslich müssten sie die zwei Hauptkriterien des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes, die Geeignetheit und die Erforderlichkeit, erfüllen. Letzteres Erfordernis impliziere insbesondere eine materielle Gleichwertigkeitsprüfung aller Diplome mit den im nationalen Recht vorausgesetzten Kenntnissen und Qualifikationen⁴⁸.

II. Bedeutung des Primärrechts für den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten

Auf der Grundlage der dargelegten dogmatischen Grundstruktur der Personenverkehrsfreiheiten geht es nun im Folgenden darum, die einzelnen Vorgaben, die den Grundfreiheiten in Bezug auf die Marktzugangsrechte für bestimmte (berufliche) Tätigkeiten zu entnehmen sind, zu konkretisieren, um auf diese Weise die sowohl einerseits die Rechte der betroffenen, den Marktzugang suchenden Personen, andererseits die den Mitgliedstaaten diesbezüglich gesetzten Grenzen ihres Gestaltungsspielraums zu präzisieren, dies auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH⁴⁹.

⁴⁶ EuGH, Rs. C-294/00, *Gräbner*, Slg. 2002, I-6515, Rz. 46.

⁴⁷ EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.

⁴⁸ Hierzu auch noch unten II.1.b).

⁴⁹ Zur jüngeren Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Personenfreizügigkeit und ihrer Relevanz im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens die Rechtsprechungsübersichten bei *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah*

In Anknüpfung an die möglichen⁵⁰ Einschränkungen des Zugangs zu bestimmten Tätigkeiten für Unionsbürger oder unter Art. 48 EGV fallende Gesellschaften kann hierbei zwischen den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben betreffend die Anerkennung von Diplomen, Fähigkeitsausweisen und Berufspraxis (1.), den Vorbehalt bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen (2.), Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung bestimmter Tätigkeiten (3.) sowie sonstigen Marktzugangsbeschränkungen (4.) unterschieden werden.

Die sich konkret aus der Rechtsprechung des EuGH ergebenden Anforderungen sind vor dem Hintergrund des „Herkunftslandprinzips“ und des „Bestimmungslandprinzips“ zu sehen⁵¹: Wenn die grenzüberschreitend tätigen Wirtschaftsteilnehmer auch im Aufnahmestaat den Bestimmungen ihres Herkunftsstaates unterworfen sind und insbesondere diejenigen Tätigkeiten, die sie legal im Herkunftsstaat ausüben dürfen, auch im Bestimmungsland entfalten dürfen, spricht man von der Verwirklichung des Herkunftslandprinzips. Nach dem Bestimmungslandprinzip hingegen sind die Personen bzw. die entsprechenden Tätigkeiten jeweils den Regelungen desjenigen Mitgliedstaats unterworfen, in dem sie auf den Markt gelangen (sollen), also in ihrem Bestimmungsland. Der Grundsatz, dass im Falle einer (potentiellen) Behinderung der Personenfreizügigkeit ein Eingriff in die jeweils einschlägige Grundfreiheit zu bejahen ist, beruht letztlich auf dem Herkunftslandprinzip, denn er impliziert, dass die rechtmässig in einem Mitgliedstaat ausgeübten Tätigkeiten grundsätzlich auch in anderen Mitgliedstaaten ausgeübt werden dürfen. Allerdings ist die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, solche Eingriffe aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zu rechtfertigen Ausdruck des Bestimmungslandprinzips, wird damit den Mitgliedstaaten doch ermöglicht,

Theuerkauf, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER) 2003, 2004, 85 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2004/2005, 2005, 41 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters/Sarah Theuerkauf*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2005/2006, 2006, 73 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, SJER 2006/2007, 2007, 101 ff.

⁵⁰ Wobei die nachfolgende Zusammenstellung selbstredend nicht abschliessend ist, sondern lediglich – aber immerhin – die wichtigsten Problemfelder berücksichtigt, auch in Anknüpfung an die bisher in der Rechtsprechung relevant gewordenen Fallgestaltungen.

⁵¹ Vgl. zu diesen Prinzipien etwa *Winfried Kluth/Frank Rieger*, Die gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen und berufsrechtlichen Wirkungen von Herkunftslandprinzip und Bestimmungslandprinzip – eine Analyse am Beispiel von Dienstleistungs- und Berufsankennungsrichtlinie -, *GewArch* 2006, 1 ff.

ihre Regelungen – unter bestimmten Voraussetzungen – anzuwenden. Deutlich wird damit, dass das Primärrecht sowohl dem Herkunftslandprinzip als auch dem Bestimmungslandprinzip Rechnung trägt und eine Art „Vorrang“ für eine der beiden Grundsätze lediglich durch das Sekundärrecht verankert werden kann⁵².

1. Anerkennung von Diplomen, Fähigkeitsausweisen und Berufspraxis

Wird für die Ausübung eines bestimmten Berufs oder den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten ein Diplom, ein Fähigkeitsausweis oder eine Berufspraxis verlangt, so liegt hierin regelmässig ein Eingriff in einer der Personenverkehrsfreiheiten vor: Denn solche Regelungen implizieren, dass insbesondere Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten durch derartige Anforderungen von der Ausübung ihrer Freizügigkeitsrechte abgehalten werden können, da die entsprechenden Regelungen in den verschiedenen Mitgliedstaaten regelmässig unterschiedlich ausgestaltet sind.

Dabei kommen diese Grundsätze selbstredend nur insoweit zum Zuge, wie die entsprechende Frage nicht durch Sekundärrecht geregelt ist⁵³; diesfalls sind die einschlägigen sekundärrechtlichen Grundsätze heranzuziehen⁵⁴. Regelt das Sekundärrecht jedoch nur einen Teilbereich, liegt eben nur eine Teilharmonisierung vor, so dass für den nicht harmonisierten Bereich die primärrechtlichen Grundsätze zum Zuge kommen⁵⁵.

Ob und inwieweit derartige Regeln zulässig sind, ist damit eine Frage der Rechtfertigung, in dessen Rahmen die Reichweite des mitgliedstaatli-

⁵² Vgl. in diesem Zusammenhang zur Dienstleistungsrichtlinie und zur Berufsanererkennungsrichtlinie die Ausführungen von *Winfried Kluth* (in diesem Band).

⁵³ Die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten ist also insoweit ausgeschlossen, als Sekundärrecht eine Frage abschliessend regeln, vgl. EuGH, Rs. C-221/05, *McCauley Chemists*, Slg. 2006, I-6869, Rz. 24 ff.

⁵⁴ Vgl. hierzu noch unten C.

⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-238/98, *Hocsman*, Slg. 2000, I-6623, Rz. 24, 31 ff.; EuGH, Rs. C-61/89, *Bouchoucha*, Slg. 1990, I-3551; EuGH, Rs. C-31/00, *Dreessen*, Slg. 2002, I-663, Rz. 25; EuGH, Rs. C-319/92, *Haim I*, Slg. 1994, I-425, Rz. 18; EuGH, Rs. C-313/01, *Morgenbesser*, Slg. 2003, I-13467. S. hierzu auch *Niklas Görlitz*, Immer noch unterschätzt: Die gemeinschaftsrechtlichen Vlassopoulou-Grundsätze, EWS 2002, 20, 28.

chen Gestaltungsspielraums eine bedeutende Rolle spielt. Die hier – ausgehend von der Rechtsprechung – massgeblichen Grundsätze können durch folgende Punkte zusammengefasst werden:

a) *Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung der Schutzanliegen und der Schutzziele*

Soweit keine gemeinschaftsrechtliche Massnahme die entsprechende Frage regelt, obliegt es grundsätzlich den Mitgliedstaaten festzulegen, welche Schutzanliegen sie im Rahmen der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses verfolgen wollen und welches Schutzniveau sie anlegen wollen⁵⁶. Insoweit obliegt es ihnen, die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für die Ausübung eines Berufes notwendig sind, zu definieren und entsprechende Diplome oder Fähigkeitsausweise zu verlangen⁵⁷.

So hielt der EuGH in der **Rs. C-61/89 (Bouchoucha)**⁵⁸ – in der die Anerkennung von Diplomen, die ein Inländer im EG-Ausland erworben hatte und in seinem Heimatstaat anerkennen lassen wollte, zur Debatte stand⁵⁹ – fest, dass der nationale Gesetzgeber durchaus das Praktizieren der Osteopathie Personen mit einem Arztdiplom vorbehalten dürften, dies zum Schutze der Gesundheit.

Vor diesem Hintergrund ist es grundsätzlich⁶⁰ unerheblich, dass andere Mitgliedstaaten die entsprechenden Schutzgüter anders oder nicht schützen, geht es hier doch letztlich um eine politische Wertentscheidung, die

⁵⁶ Vgl. nur EuGH, Rs. 71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, 765, Rz. 16; EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rz. 14.

⁵⁷ Vgl. EuGH, Rs. 222/86, *Heylens*, Slg. 1987, 4097, Rz. 10; EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rz. 9. Grundsätzlich entbindet der Erlass von Sekundärrecht die Mitgliedstaaten nicht von der Einhaltung des Primärrechts, u.a. der Grundfreiheiten, vgl. dazu nur EuGH, Rs. 76/86, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1989, 1021, Rz. 23, für den Warenverkehr.

⁵⁸ EuGH, Rs. C-61/89, *Bouchoucha*, Slg. 1990, I-3551, Rz. 11 und 13.

⁵⁹ Eine Konstellation, in der sich ein Inländer gegenüber seinem Heimatstaat auf die Grundfreiheiten berufen könne, s. insoweit schon EuGH, Rs. 115/78, *Knoors*, Slg. 1979, 399, Rz. 24.

⁶⁰ Unter der Voraussetzung der Verhältnismässigkeit der jeweiligen Massnahmen, hierzu noch sogleich im Text.

in den vom Gemeinschaftsrecht gezogenen Schranken den Mitgliedstaaten obliegt.

b) Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit im Rahmen der Rechtfertigung

Soweit in diesem Zusammenhang aber die Frage relevant wird, ob und inwieweit die Mitgliedstaaten in anderen Mitgliedstaaten erworbene Diplome oder Fähigkeiten bei der Frage nach der Zulassung zur jeweiligen Tätigkeit berücksichtigen müssen, sind die Anforderungen des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu beachten. Aus diesem leitet der EuGH insbesondere folgende Grundsätze ab:

- Die im Heimatstaat erworbenen Diplome, Ausbildungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise sind einer **materiellen Gleichwertigkeits- oder Äquivalenzprüfung** zu unterziehen. Demnach müssen die Mitgliedstaaten prüfen, ob die vom Antragsteller vorgelegten Diplome den für die Zulassung zur Tätigkeit geforderten innerstaatlichen Vorschriften entsprechen. Führt diese Prüfung – wobei eine **Gesamtbeurteilung** der akademischen und beruflichen Ausbildung zugrunde zu legen ist – zum Ergebnis, dass das jeweilige Diplom dem verlangten (inländischen) Diplom gleichwertig ist, besteht eine Pflicht zur Anerkennung⁶¹. Diese Grundsätze bedeuten auch, dass jedenfalls kein „absolutes“ Erfordernis eines bestimmten Diploms aufgestellt werden darf, da damit die Prüfung der Gleichwertigkeit ausgeschlossen wird.

So hielt der Gerichtshof bereits in der **Rs. 71/76 (Thieffry)**⁶² – in der es um den Antrag des belgischen Rechtsanwalt Thieffry auf Zulassung als „avocat“ in Frankreich ging, wobei er Inhaber eines belgischen juristischen Diploms war, dessen Gleichwertigkeit mit dem französischen Ausbildungsnachweis für akademische Zwecke von einer französischen Universität anerkannt worden war, ging – fest, dass für eine Zulassung als „avocat“ in einem solchen Fall keine französische „licence“ oder ein französischer „docteur en droit“ verlangt werden dürfe. Denn hier liege ein gleichwertiges Diplom vor, und eine Unterscheidung zwischen der akademischen und sonstigen Wirkung der Gleichwertigkeit eines anerkannten Diploms könne nicht vorgenommen werden. Im konkreten Fall kam noch hinzu, dass der aus einem anderen Mit-

⁶¹ EuGH, Rs. C-104/91, *Aguirre Borrell*, Slg. 1992, I-3003, Rz. 14.

⁶² EuGH, Rs. 71/76, *Thieffry*. Slg. 1977, 765.

gliedstaat stammende Antragsteller bereits in Besitz eines Diploms war, welches grundsätzlich zur Ausübung des Berufes berechtigt und für die Niederlassung als Rechtsanwalt im Erwerbsstaat vorgeschrieben ist.

In der **Rs. C-313/01 (Morgenbesser)**⁶³ wurde einer französischen Staatsbürgerin mit Wohnsitz in Italien und dem in Frankreich erworbenen Diplom einer „maîtrise en droit“ die Eintragung in die Liste der Praktikanten („praticanti“), welche die Zulassung zur praktischen Ausbildung des Rechtsanwaltsberufs ermöglicht, verweigert mit dem Argument, die Eintragung in das besagte Register setze den Besitz eines von einer italienischen Universität verliehenen oder bestätigten Diploms der Rechtswissenschaften voraus. Das Gesuch auf „bedingungslose“ Anerkennung des französischen Abschlusses bei der Universität Genua wurde abgewiesen und die Anerkennung vom Besuch eines verkürzten Kurses von zwei Jahren, dem Bestehen von dreizehn Prüfungen sowie der Anfertigung einer Diplomarbeit abhängig gemacht. Ausgehend von der nicht gegebenen Einschlägigkeit des Sekundärrechts erörterte der Gerichtshof die Tragweite der Art. 39, 43 EGV. Als Vorfrage befasste er sich mit der Unterscheidung zwischen Diplomen für akademische und solchen für berufliche Zwecke und hielt fest, dass die Berücksichtigung eines Diploms wie der „maîtrise en droit“ im Rahmen einer Gesamtbeurteilung erfolgen müsse, da die Anerkennung der Gleichwertigkeit des Diploms ausschlaggebend für die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft eines anderen Mitgliedstaats sein könne. Führe diese vergleichende Prüfung zu der Feststellung, dass die durch das ausländische Diplom bescheinigten Kenntnisse und Fähigkeiten den nach den nationalen Rechtsvorschriften verlangten entsprächen, so habe der Mitgliedstaat anzuerkennen, dass dieses Diplom die in diesen Vorschriften aufgestellten Voraussetzungen erfülle. Der Gerichtshof bestätigte damit im Ergebnis seine Rechtsprechung⁶⁴ und auferlegte dem Aufnahmemitgliedstaat die Pflicht, eine vergleichende Prüfung der Qualifikationen vorzunehmen, wobei der Aufnahmemitgliedstaat dabei vom Antragsteller den Nachweis verlangen könne, dass er die fehlenden Kenntnissen und Fähigkeiten anderswo, zum Beispiel im Rahmen eines Studiengangs oder praktischer Tätigkeit, erworben hat.

- Ergibt die Vergleichsprüfung nur eine **teilweise Gleichwertigkeit**, so kann der Aufnahmestaat vom betroffenen Antragsteller verlangen, dass er den Nachweis des Erwerbs der fehlenden Kenntnissen und Fähigkeiten erbringt; insbesondere sind dabei im Rahmen eines

⁶³ EuGH, Rs. C-313/01, *Morgenbesser*, Slg. 2003, I-13467. S. auch EuGH, Rs. C-153/02, *Neri*, Slg. 2003, I-13555 (Unvereinbarkeit einer grundsätzlichen Nichtanerkennung eines von einer Universität in einem anderen Mitgliedstaat ausgestellten Diploms mit dem Vertrag, keine Rechtfertigungsmöglichkeit durch das Ziel der Garantie eines hohen Standards der Hochschulausbildung, da die Verhältnismässigkeit nicht gegeben sei).

⁶⁴ EuGH, Rs. C-340/89, Slg. 1991, I-2357, Rz. 15, 20; EuGH, Rs. C-234/97, *Bobadilla*, Slg. 1999, I-4773, Rz. 33.

Studiengangs oder praktischer Erfahrungen erworbene Fähigkeiten zu berücksichtigen⁶⁵. Kann der Antragsteller diese Qualifikationen nicht nachweisen, so kann der Aufnahmestaat den Nachweis von Berufserfahrung⁶⁶ oder / und eine spezifische (Ergänzungs-)Prüfung⁶⁷ oder /und ein Anpassungslehrgang verlangen⁶⁸. Die Anerkennung kann auch nur partiell erfolgen, wobei dem Antragsteller erlaubt wird, seine Tätigkeit nur in einem bestimmten Zweig des im Aufnahmestaat regulierten Berufes auszuüben. Die partielle Anerkennung darf dann nicht verweigert werden, wenn der Antragsteller eine bloss partielle Zulassung beantragt hat und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen so erheblich sind, dass die Anwendung von Kompensationsmassnahmen dem Durchlaufen einer vollständigen Ausbildung gleichkommen würde, es sei denn, die Verweigerung des partiellen Zugangs ist durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismässig⁶⁹.

Der **Rs. C-330/03 (Colegio de Ingenieros)**⁷⁰ ging es um den Antrag eines italienischen Staatsbürgers und Inhabers eines in Italien erworbenen Diploms eines Wasserbauingenieurs, auf Genehmigung des Zugangs zum Beruf des Ingenieurs für Wege-, Kanal- und Hafenbau in Spanien. Der letztgenannte Beruf umfasst allerdings auch Tätigkeiten, die nicht dem Diplom des Antragstellers entsprechen. Auf die entsprechenden Vorlagefragen stellte der EuGH fest, dass es Art. 39 und 43 EGV einem Mitgliedstaat nicht verwehrt, den partiellen Zugang zu einem Beruf unter der Voraussetzung zu gewähren, dass ggf. vorhandene Lücken durch Ausgleichsmassnahmen wirksam geschlossen werden. Dagegen sei es mit Art. 39 und 43 EGV nicht vereinbar, wenn ein Mitgliedstaat diesen partiellen Zugang gänzlich verweigert,

⁶⁵ Sog. Kompensationsmechanismus; ständige Rechtsprechung seit EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rz. 19ff.; bestätigt in EuGH, Rs. C-234/97, *Bobadilla*, Slg. 1999, I-4773, Rz. 33.

⁶⁶ EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rz. 20f.

⁶⁷ EuGH, Rs. C-104/91, *Aguirre Borrell*, Slg. 1992, I-3003, Rz. 14.

⁶⁸ Die Wahl liegt dabei beim Mitgliedstaat, anders als in den Richtlinien, in denen dem Antragsteller die Wahl zusteht. Über die genauen Voraussetzungen für zulässige weitere Nachweise, sowie den Inhalt der zusätzlichen Berufserfahrung und der Ergänzungsprüfung gibt der Gerichtshof keine konkreten Anhaltspunkte. Allerdings sind auch hier jedenfalls die Erfordernisse der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

⁶⁹ EuGH, Rs. C-330/03, *Colegio de Ingenieros*, Slg. 2006, I-801, Rz. 39.

⁷⁰ EuGH, Urteil v. 19.1.2006, Rs. C-330/03, *Colegio*, Slg. 2006, I-801.

falls der Betroffene ihn beantragt und die Unterschiede zwischen den Tätigkeitsbereichen so erheblich sind, dass eigentlich eine vollständige Ausbildung absolviert werden müsste. Etwas anderes gelte nur, wenn die Verweigerung des partiellen Zugangs durch zwingende Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt und verhältnismässig sei. In dem vorliegenden Fall komme zwar grundsätzlich der Verbraucherschutz als rechtfertigender Grund in Betracht. Allerdings stehe mit der Verpflichtung des Antragstellers, die ursprüngliche Berufsbezeichnung sowohl in der Sprache, in der sie erteilt wurde, als auch in der Amtssprache des Aufnahmestaates zu führen, regelmässig ein weniger einschneidendes Mittel zur Verfügung.

- Bei der Ausgestaltung des **nationalen Prüfverfahrens** sind die Mitgliedstaaten grundsätzlich frei; jedoch müssen die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz beachtet werden⁷¹. Dies impliziert – neben der Notwendigkeit der tatsächlichen Anwendung der eine Gleichwertigkeitsprüfung und eine Anerkennung erlaubenden nationalen Vorschriften⁷² – insbesondere, dass es das Verfahren den Behörden ermöglicht, die Gleichheit oder zumindest Gleichwertigkeit des ausländischen Diploms, objektiv festzustellen⁷³. Insoweit muss es sich um ein objektives und im Übrigen gerichtlich überprüfbares – letzteres bringt auch eine Begründungspflicht der Behörde mit sich⁷⁴ – handeln.

In der **Rs. C-340/89 (Vlassopoulou)**⁷⁵ ging es um eine griechische Anwältin, die als Rechtsbeistand in Deutschland arbeitete und die Zulassung zur deutschen Anwaltskammer beantragte. Dies wurde ihr mit der Begründung ver-

⁷¹ Zu diesen etwa *Wolfgang Kahl*, Art. 10 EGV, Rn. 29 ff., in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV / EGV, Kommentar*, 3. Aufl., 2007; *Astrid Epiney*, in: *Bieber/Epiney/Haag*, *Die Europäische Union. Europarecht und Politik*, 7. Aufl., 2006, § 8, Rn. 11 ff.; aus der Rechtsprechung grundlegend EuGH, verb. Rs. 205-215/82, *Deutsche Milchkontor*, Slg. 1983, 2633, Rn. 22 f.; EuGH, Rs. 210/87, *Padovani*, Slg. 1988, 6177, Rn. 22; EuGH, Rs. C-24/94, *Alcan*, Slg. 1997, I-1591, Rn. 24; EuGH, Rs. C-231/96, *Edilizia Industriale Siderurgica*, Slg. 1998, I-4951, Rn. 19; EuGH, Rs. C-34/02, *Pasquini*, Slg. 2003, I-6515, Rn. 56 ff.; EuGH, Rs. C-30/02, *Recheio*, Slg. 2004, I-937.

⁷² EuGH, Rs. 71/76, *Thieffry*, Slg. 1977, 765, Rz. 19, 24/26; EuGH, Rs. 11/77, *Patrick*, Slg. 1977, 1199, Rz. 16/17

⁷³ EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357, Rz. 17; EuGH, Rs. 222/86, *Heylens*, Slg. 1987, 4097, Rz. 13.

⁷⁴ EuGH, Rs. 222/86, *Heylens*, Slg. 1987, 4097, Rz. 14 f.

⁷⁵ EuGH, Rs. C-340/89, *Vlassopoulou*, Slg. 1991, I-2357.

wehrt, sie verfüge nicht über die gemäss deutschem Recht für den Zugang zum Anwaltsberuf erforderliche Befähigung zum Richteramt. Der EuGH entschied, dass die Mitgliedstaaten zwar regeln dürften, welche Kriterien und Fähigkeiten zur Ausübung eines Berufes erforderlich sind, dass aber die im EU-Ausland erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten in einem objektiven und der gerichtlichen Kontrolle unterliegenden Verfahren mit den im Inland erworbenen Befähigungsausweisen zu vergleichen seien und dass das Ergebnis dieses Vergleichs bei der Zulassungsentscheidung der nationalen Behörde zu berücksichtigen sei.

- Geht es lediglich um die Berechtigung zur **Führung eines im Ausland erworbenen akademischen Grades**, so darf diese zwar von einer Genehmigung abhängig gemacht werden, wobei dieses allerdings lediglich der Überprüfung der ordnungsgemässen Verleihung dienen dürfe und leicht zugänglich sein müsse.

In der **Rs. C-19/62 (Kraus)**⁷⁶ stand die Konformität einer nationalen Regelung zur Debatte, wonach die Anerkennung und Berechtigung zur Verwendung eines im Ausland erworbenen akademischen Grades, *in casu* des postgraduierten Titels LL.M., von einer Genehmigung abhängig gemacht wurde, die mit einem besonderen Formular zu beantragen war und im Falle der Einreichung einer Reihe von Unterlagen sowie der Entrichtung einer Verwaltungsgebühr erteilt werden konnte. Nach Ansicht des Gerichtshofs sei ein solcher akademischer Titel normalerweise keine Zugangsvoraussetzung für einen Beruf, könne aber in bestimmten Fällen eine solche darstellen, nämlich dann, wenn für den Beruf die spezifisch durch den fraglichen Grad erworbenen Fähigkeiten verlangt werden. Im Ergebnis bejahte er jedoch grundsätzlich die Gemeinschaftsrechtskonformität eines solchen nationalen Anerkennungsverfahrens, wobei dieses aber nur dazu dienen dürfe, die ordnungsgemässe Verleihung des fraglichen Grades zu überprüfen; weiter müsse das Verfahren leicht zugänglich sein und es dürften keine überhöhten Verwaltungsgebühren verlangt werden.

- Grundsätzlich ist eine in anderen Mitgliedstaaten erworbene **Berufserfahrung** vollumfänglich anzuerkennen, was bei der Zulassung zu einer beruflichen Tätigkeit, aber auch bei der lohnmassigen Einstufung eine Rolle spielen kann.

In der **Rs. C-278/03 (Kommission/Italien)**⁷⁷ wurde Unionsbürgern, die an Auswahlverfahren für das Lehrpersonal an italienischen Schulen teilnahmen, durch die zuständigen Behörden ihre in anderen Mitgliedstaaten erworbene Berufserfahrung nicht oder nicht in gleicher Weise wie in Italien erworbene

⁷⁶ EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663.

⁷⁷ EuGH, Rs. C-278/03, *Kommission/Italien*, Slg. 2005, I-3747.

Berufserfahrung anerkannt. Darin sah der EuGH einen Verstoß Italiens gegen Art. 39 EGV (und Art. 3 Abs. 1 der VO EWG Nr. 1612/68)⁷⁸.

2. *Ausschliessliche Rechte der Ausübung bestimmter Tätigkeiten*

In zahlreichen Mitgliedstaaten sind bestimmte Tätigkeiten bestimmten Personen vorbehalten, die gewisse Anforderungen in Bezug auf Ausbildung, Berufserfahrung, Leumund o.ä. erfüllen müssen. Da auf diese Weise die diese Voraussetzungen nicht erfüllenden Personen die jeweiligen Tätigkeiten nicht ausüben dürfen, liegt hierin – wie bereits erwähnt⁷⁹ – eine Beschränkung der jeweils einschlägigen Personenverkehrsfreiheit vor. Neben der Frage der Anerkennung der Diplome, Fähigkeitsausweise o.ä.⁸⁰ werfen derartige Regelungen aber auch die letztlich vorgelagerte grundsätzliche Frage auf, ob solche ausschliesslichen Rechte der Ausübung bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen, die bestimmte Anforderungen erfüllen, mit den Personenverkehrsfreiheiten in Einklang stehen.

Grundsätzlich gilt auch hier⁸¹, dass es den Mitgliedstaaten – falls keine sekundärrechtlichen Regeln einschlägig sind – freisteht, gewisse Schutzinteressen bzw. zwingenden Gründe des Allgemeinwohls (auch auf der Grundlage der Anlegung eines hohen Schutzniveaus⁸²) zu definieren und diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die zu ihrer Verfolgung geeignet und erforderlich sind. Zu letzteren kann selbstredend auch der Vorbehalt der Ausübung bestimmter Tätigkeiten für bestimmte Personen mit den

⁷⁸ S. insoweit auch schon EuGH, Rs. C-15/96, *Schöning-Kongebetopoulo*, Slg. 1998, I-47.

⁷⁹ S.o. 1., am Anfang.

⁸⁰ Hierzu oben 1.

⁸¹ S. schon oben 1.

⁸² Die Festlegung des Schutzziels (wobei aber keine wirtschaftlichen Gründe verfolgt werden dürfen, s. schon oben) und des Schutzniveaus liegt im Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten, vgl. EuGH, Rs. C-262/02, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2004, I-6569, Rn. 31 ff.; EuGH, Rs. C-55/99, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2000, I-11499. Die Verhältnismässigkeitsprüfung ist daher immer in Abhängigkeit von dem durch die Mitgliedstaaten definierten Schutzziel vorzunehmen.

entsprechenden Qualifikationen gehören. Allerdings sind die Erfordernisse des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes zu beachten:

- Die entsprechende berufliche Tätigkeit muss tatsächlich besondere Kenntnisse oder / und Fähigkeiten voraussetzen.
- Die verlangten besonderen Qualifikationen der zur Ausübung des betreffenden Berufs zugelassenen Personen müssen mit den besonderen Anforderungen der entsprechenden Tätigkeit korrespondieren.
- Werden besondere Prüfungen verlangt, so müssen diese gerade zum Nachweis der verlangten Fähigkeiten geeignet sein.
- Der Umstand allein, dass ein Mitgliedstaat weniger strenge Vorschriften erlässt als ein anderer, bedeutet nicht, dass dessen Vorschriften unverhältnismässig und folglich mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sind⁸³. Hinzu kommt, dass die Erforderlichkeit bestimmter Massnahmen, etwa im Hinblick auf den Verbraucherschutz, auch von den Umständen in dem jeweiligen Mitgliedstaat abhängen kann. Daher kann auch eine „Ausschliesslichkeitsregelung“ für die Ausübung eines bestimmten Berufs, die nur in einem Mitgliedstaat besteht, mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts vereinbar sein.

In der **Rs. C-451/03 (Calafiori)**⁸⁴ ging es um eine italienische Regelung, die gewissen Steuerberatungszentren das ausschliessliche Recht zuerkannte, Tätigkeiten des Beistandes in Steuerfragen u.a. für Arbeitnehmer vorzunehmen. Nach der Bejahung der tatbestandlichen Einschlägigkeit der Art. 43, 49 EGV hält der Gerichtshof fest, dass eine solche Regelung jedoch durch den Schutz der Empfänger solcher Dienstleistungen vor dem potentiellen Schaden, der ihnen dadurch entstehen könnte, dass Personen sie beraten, die nicht die nötigen beruflichen oder persönlichen Qualifikationen aufweisen, gerechtfertigt werden könne. Jedoch sei zu differenzieren: Gewisse Tätigkeiten (Aushändigung einer Kopie der Steuererklärung und der Aufstellung über die geschuldete Steuer, die Übersendung der Steuerklärungen an die Finanzverwaltung sowie die Mitteilung des Ergebnisses der Steuererklärung an die abzugsverpflichteten Arbeitgeber), die ausschliesslich den Steuerberatungszentren vorbehalten waren, seien als Tätigkeiten einfacher Art einzustufen, die keine besonderen beruflichen Qualifikationen erforderten. Dem stünden vielschichtigere Tätigkeiten gegenüber, wie etwa die Prüfung der Übereinstimmung der in der Steuererklärung gemachten Angaben mit ihren Anlagen. Bei letzteren

⁸³ Vgl. EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rz. 51; EuGH, Rs. C-3/95, *Reisebüro Broede*, Slg. 1996, I-6511, Rz. 42 ff.; EuGH, Rs. C-108/96, *Mac Quen*, Slg. 2001 I-837, Rz. 33 f.

⁸⁴ EuGH, Rs. C-451/03, *Calafiori*, Slg. 2006, I-2941.

(nicht aber bei ersteren) könne die Ausübung Inhabern einer besonderen beruflichen Qualifikation vorbehalten werden. Allerdings müssten es die einschlägigen nationalen Regeln ermöglichen, den vorgesehenen Zweck zu erreichen, so dass sie die Gewähr dafür bieten müssten, dass die für die jeweilige berufliche Tätigkeit zugelassenen Personen auch tatsächlich über die beruflichen Befähigungen zur Ausführung der ihnen vorbehaltenen Aufgaben verfügen. Diese letzte Voraussetzung sei bei der Errichtung von italienischen Steuerbeistandszentren gerade nicht erfüllt, da die von diesen Zentren zu bezeichnenden Personen gerade nicht über die beruflichen Qualifikationen zur Ausübung der erwähnten komplexeren steuerberaterlichen Aufgaben verfügen müssten. Weiter beschränkten sich die Zentren darauf, rein administrative und zwischen den Sachverständigen und den Steuerpflichtigen vermittelnde Tätigkeiten auszuführen, ohne selbst unmittelbar an der beratenden Tätigkeit beteiligt zu sein.

3. *Vorgaben für die Art und Weise der Durchführung bestimmter Tätigkeiten*

Sodann können mitgliedstaatliche Regelungen auch Vorgaben für die Art und Weise der Ausübung bestimmter Tätigkeiten definieren. Soweit solche Regelungen sich auf erbrachten Dienstleistungen bzw. die Tätigkeiten selbst – und nicht nur ihre „Modalitäten“ – beziehen, liegt regelmässig ein Eingriff in die jeweils einschlägige Personenverkehrsfreiheit vor, da damit die Erbringung von Dienstleistungen oder die Ausübung von Tätigkeiten, die gerade nicht diesen Anforderungen entsprechen, unterbunden wird, so dass insoweit der Marktzugang beschränkt bzw. untersagt wird. Allerdings ist auch hier grundsätzlich eine Rechtfertigung aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich, wobei die Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss.

In den **verb. Rs. C-94/04 und C-202/04 (Cipolla)**⁸⁵ stellte der EuGH fest, dass es eine Beschränkung des Art. 49 EGV darstelle, wenn ein Mitgliedstaat ein verbindliches Mindesthonorar für bestimmte rechtsanwaltliche Leistungen (nämlich solche, die einen Gerichtsbezug aufweisen) festlege und deren Erbringung zudem Rechtsanwälten vorbehalte. Denn diese Regelungen beschränkten die Auswahl für die Dienstleistungsempfänger und nähmen den Dienstleistungserbringern die Möglichkeit, durch das Anbieten geringerer Honorare wirksame Konkurrenz zu machen. Beide Massnahmen könnten jedoch grundsätzlich durch die Ziele des Verbraucherschutzes und der geordneten Rechtspflege gerechtfertigt werden (wobei es Sache des vorlegenden Gerichts sei zu prüfen, ob solche Regelungen dem Verhältnismässigkeits-

⁸⁵ EuGH, verb. Rs. C-94/04 und C-202/04, *Cipolla*, Slg. 2006, I-11421.

grundsatz entsprechen). Die Überprüfung der Rechtfertigungsgründe anhand des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes überliess der Gerichtshof dem vorlegenden nationalen Gericht⁸⁶. Insgesamt dürfte der EuGH mit diesem Urteil den Mitgliedstaaten in dem spezifischen Bereich der Rechtspflege auf der Rechtfertigungsebene einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum einräumen.

Um die Voraussetzungen für die Eröffnung von Optikergeschäften in Griechenland ging es in der **Rs. C-140/03 (Kommission/Griechenland)**⁸⁷. Darin, dass das einschlägige griechische Gesetz es einem diplomierten Optiker als natürlicher Person nicht erlaubt hatte, mehr als ein Optikergeschäft zu betreiben, und die Möglichkeit zur Eröffnung eines Optikergeschäfts in Griechenland von sehr eng umrissenen Voraussetzungen – wie etwa die mindestens 50-%ige Beteiligung der Person, die die Erlaubnis für den Betrieb des Geschäfts besitzt, am Gesellschaftskapital oder das Verbot für den betroffenen Optiker, noch an mehr als einem anderen Optikergeschäft eines anderen Optikers beteiligt zu sein – abhängig gemacht hatte, sah der EuGH einen Verstoß gegen die Art. 43 und 48 EGV. Die entsprechenden Regelungen seien geeignet, die Niederlassungsfreiheit zu beschränken. Das Ziel der griechischen Regelung, nämlich der Schutz der öffentlichen Gesundheit, sei auch mit weniger einschneidenden Massnahmen – wie der Verpflichtung zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung – zu erreichen.

4. Sonstige Marktzugangsregeln

In einer Reihe von Urteilen befasste sich der EuGH mit sonstigen Marktzugangsbeschränkungen, die in erster Linie Niederlassungs- und Genehmigungserfordernisse für bestimmte Tätigkeiten, gewisse sonstige Voraussetzungen für die Aufnahme von Tätigkeiten sowie teilweise auch „Bedarfsprüfungen“ betreffen⁸⁸. Im Einzelnen lassen sich aus der Recht-

⁸⁶ Der Gerichtshof bietet dem nationalen Gericht gewisse Auslegungshilfen. Unter anderem seien die Besonderheiten des fraglichen Marktes anwaltlicher Dienstleistungen zu berücksichtigen, bei der regelmässig eine „Asymmetrie der Information“ (Rz. 68) zwischen Anwalt und Dienstleistungsempfänger vorliege.

⁸⁷ EuGH, Rs. C-140/03, *Kommission/Griechenland*, Slg. 2005, I-3177.

⁸⁸ Nicht eigens problematisiert werden sollen in diesem Beitrag die ebenfalls den Marktzugang betreffenden nationalen Regelungen betreffend die Durchführung von Glücksspielen und Lotterien. Vgl. jüngst hierzu EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, EuZW 2007, 209; s. sodann EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039; EuGH, Rs.

sprechung in Bezug auf die Zulässigkeit solcher Regelungen – die regelmässig Eingriffe in die jeweils einschlägige Personenverkehrsfreiheit implizieren – folgende, nicht abschliessende Grundsätze ableiten:

- Das Erfordernis einer **Niederlassung** in einem Mitgliedstaat als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – bei denen jeweils auch zu prüfen ist, ob es sich um die Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Art. 45 Abs. 1 EGV handelt, wobei dieser Begriff aber eng auszulegen ist⁸⁹ – steht in der Regel nicht mit den Grundfreiheiten in Einklang.

In der **Rs. C-257/05 (Kommission/Österreich)**⁹⁰ ging es um eine österreichische Regelung, wonach nur Antragsteller mit Sitz in Österreich als sog. „Kesselprüfstellen“ – mit der Überprüfung von Dampfkesseln und Druckgeräten betraute Stellen – zugelassen werden können. Der EuGH stellte hier einen Verstoß gegen Art. 49 EGV fest. Denn das Erfordernis, dass ein Dienstleistungserbringer seine Betriebsniederlassung in dem Mitgliedstaat haben muss, in dem die Dienstleistung erbracht wird, stelle eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, die nicht gerechtfertigt werden könne: Zwar stelle die Abwehr schwerer Personenschäden sicherlich ein Grundinteresse der Gesellschaft dar; jedoch könne eine Kesselprüfstelle nicht allein deshalb als eine schwere Gefahr für Personen angesehen werden, weil sie ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat. Da nämlich Kontrollen des Personals und der Ausstattung der betroffenen Stellen durch die österreichische Verwaltung durchaus möglich seien, auch wenn diese Stellen ihren Sitz nicht in Österreich haben, sei die Massnahme nicht erforderlich. Der faire Wettbewerb könne schon deshalb nicht als Rechtfertigungsgrund herangezogen werden, weil die Regelung den freien Dienstleistungsverkehr seines Inhalts und seiner Bedeutung beraube. Im Übrigen könne der Schutz der inländischen Unternehmen allein Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs nicht rechtfertigen, da es sich dabei um einen wirtschaftlichen Grund handelt.

Das Erfordernis der Niederlassung privater Stellen, die mit der Kontrolle von Erzeugnissen des ökologischen Landbaus betraut sind, in einem anderen Mitgliedstaat als dem ihrer Zulassung – dies ist Gegenstand des einschlägigen Sekundärrechts⁹¹ – war Gegenstand der **Rs. C-393/05 (Kommission/Österreich)**⁹² und **Rs. C-404/05 (Kommission/Deutschland)**⁹³. Der Ge-

C-124/97, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067; EuGH, Rs. C-243/01, *Gabelli*, Slg. 2003, I-13031.

⁸⁹ S. schon oben.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-257/05, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 14.12.2006.

⁹¹ Vgl. VO 2092/91 über den ökologischen Landbau und die entsprechende Kennzeichnung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse und Lebensmittel, ABl. 1991 L 198, 1.

⁹² EuGH, Rs. C-393/05, *Kommission/Österreich*, Urt. v. 29.11.2007.

richtshof stellte in diesen Fällen zunächst eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs fest, da die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen durch private Kontrollstellen, die nur in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, verunmöglicht werde. Weiter falle die Erbringung dieser Dienstleistungen nicht unter die Bereichsausnahme des Art. 55 EGV i.V.m. Art. 45 Abs. 1 EGV: Denn deren Tragweite beschränke sich auf das, was zur Wahrung der Interessen, deren Schutz diese Bestimmung den Mitgliedstaaten erlaubt, unbedingt erforderlich ist, eine Formulierung, die an Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte erinnert. Daher sei die Ausnahmeregelung auf solche Tätigkeiten beschränkt, die als solche eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten, so dass rein helfende und vorbereitende Aufgaben für eine Einrichtung, die durch den Erlass der abschließenden Entscheidung tatsächlich öffentliche Gewalt ausübt, nicht als Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt angesehen werden könne. Nach eingehender Erörterung der den privaten Kontrollstellen nach dem einschlägigen Sekundärrecht zukommenden Befugnisse schloss der EuGH, dass die Tätigkeit der privaten Kontrollstellen zwar nicht darauf beschränkt ist, einfache Kontrollen der Konformität von Erzeugnissen des ökologischen Landbaus zu organisieren, sondern auch die Ausübung von Befugnissen in Bezug auf die aus diesen Kontrollen zu ziehenden Konsequenzen umfasst; jedoch sehe die einschlägige Verordnung die Kontrolle dieser Stellen durch die zuständigen nationalen Behörden vor, so dass die privaten Kontrollstellen ihre Tätigkeit unter aktiver Überwachung durch diese Behörden ausüben, die letztlich die Verantwortung für die Kontrollen und Entscheidungen dieser Stellen tragen. Vor diesem Hintergrund beschränke sich die Rolle der privaten Kontrollstellen auf eine helfende und vorbereitende Rolle und sei nicht als unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne des Vertrages anzusehen. An dieser Schlussfolgerung ändere auch der Umstand nichts, dass die privaten Kontrollstellen in Deutschland und Österreich mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet sind oder sein könnten, da eine Ausweitung der Ausnahme des Art. 55 i.V.m. Art. 45 EGV auf einen Beruf als Ganzen nicht zulässig sei, wenn die Tätigkeiten, die ggf. mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, einen abtrennbaren Teil der betreffenden Berufstätigkeit insgesamt darstellten, eine Voraussetzung, die in Bezug auf die privaten Kontrollstellen vorliege. Weiter komme auch keine Rechtfertigung des Niederlassungserfordernisses aus Gründen des Verbraucherschutzes in Betracht, da dieses zur Verfolgung des angestrebten Ziels nicht erforderlich sei, sehe doch das Sekundärrecht Mindestanforderungen für die Überwachung dieser Stellen vor, die den Anliegen des Verbraucherschutzes Rechnung trügen, insbesondere angesichts des Umstandes, dass von in anderen Mitgliedstaaten zugelassenen privaten Kontrollstellen vor der Aufnahme ihrer Tätigkeit der Nachweis verlangt werden könne, dass sie im Niederlassungsstaat tatsächlich zugelassen sind und über die notwendige Infrastruktur sowie das notwendige Personal für die Leistungen verfügen, die sie im Inland erbringen möchten.

⁹³ EuGH, Rs. C-404/05, *Kommission/Deutschland*, Urt. v. 29.11.2007.

- Auch **Wohnsitzpflichten** im Inland für bestimmte Berufsgruppen stehen in aller Regel nicht mit den Vorgaben der Personenfreizügigkeitsrechte in Einklang.

In der **Rs. C-350/96 (Clean Car Autoservice)**⁹⁴ ging es um eine österreichische Regelung, die vorsah, dass der Geschäftsführer einer in Österreich tätigen Gesellschaft auch seinen Wohnsitz in Österreich haben musste. Eine solche Regelung – die eine materielle Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit darstellt – sei nicht mit Art. 39 EGV vereinbar, da zwar grundsätzlich die von Österreich vorgebrachten Anliegen der Ermöglichung einer ordentlichen Zustellung von Strafmassnahmen gegen den Geschäftsführer sowie die Sicherstellung einer angemessenen Tätigkeit des Geschäftsführer im Betrieb Eingriffe in Art. 39 EGV zu rechtfertigen vermögen; jedoch sei in Bezug auf den ersten Grund die Erforderlichkeit nicht gegeben, könne doch das angestrebte Ziel durch andere Mittel, etwa die Zustellung an den Geschäftssitz, erreicht werden. In Bezug auf den zuletzt genannten Grund fehle es schon an der Geeignetheit, denn wenn der Geschäftsführer zwar in dem jeweiligen Mitgliedstaat ansässig ist, jedoch in einer grossen Entfernung vom Arbeitsort, sei die Möglichkeit der angemessenen Betätigung im Geschäft ebenfalls nicht gewährleistet.

- **Genehmigungspflichten** dürfen von vornherein nur insoweit vorgesehen werden, als damit Anliegen Rechnung getragen werden soll, denen nicht schon im **Herkunftsstaat** entsprochen wird⁹⁵.
- Keinesfalls darf die Erteilung einer Genehmigung für die Ausübung bestimmter Tätigkeit von einer Art **Bedarfsprüfung** (z.B. in Abhängigkeit von der Zahl der in einem bestimmten Gebiet bereits tätigen Unternehmen in dem betreffenden Bereich) abhängig gemacht werden: Denn hier geht es um einen wirtschaftlichen Grund.

In der **Rs. C-465/05 (Kommission/Italien)**⁹⁶ stellte der EuGH – in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung⁹⁷ – die Unvereinbarkeit verschiedene

⁹⁴ EuGH, Rs. C-350/96, *Clean Car Autoservice*, Slg. 1998, I-2521.

⁹⁵ S. auch schon oben 1. in Bezug auf die Pflicht einer „Gleichwertigkeitsprüfung“ im EU-Ausland erlangter Diplome und Fähigkeitsausweis.

⁹⁶ EuGH, Rs. C-465/05, *Kommission/Italien*, Urt. v. 13.12.2007. S. auch das in mancher Hinsicht parallel gelagerte Urteil EuGH, Rs. C-134/05, *Kommission/Italien*, Urt. v. 18.7.2007, wo es um Anforderungen an Unternehmen, die die Tätigkeit der aussergerichtlichen Einziehung von Forderungen ausüben, ging.

⁹⁷ Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-514/03, *Kommission/Spanien*, Slg. 2006, I-963; EuGH, Rs. C-189/03, *Kommission/Niederlande*, Slg. 2004, I-9289; EuGH, Rs. C-171/02, *Kommission/Portugal*, Slg. 2004, I-5645.

Aspekte der italienischen Regelungen bezüglich der Tätigkeiten privater Wachpersonen und privater Sicherheitsunternehmen mit Art. 43, 49 EG fest:

- Erstens dürfe die Tätigkeit als privater Wachmann nicht davon abhängig gemacht werden, dass die Person einen Treueid auf Italien ableistet.
- Zweitens sei das Erfordernis einer gebietsbezogenen Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeit als privater Sicherheitsdienst dann gemeinschaftsrechtswidrig, wenn dabei die Verpflichtungen, denen solche Dienstleistungserbringer bereits im Herkunftsmitgliedstaat unterliegen, nicht berücksichtigt werden. Gleiches gelte für das Erfordernis einer Erlaubnis für das Personal zur Ausübung der Bewachungstätigkeit, wenn die im Herkunftsmitgliedstaat bereits durchgeführten Kontrollen und Überprüfungen nicht berücksichtigt werden.
- Drittens sei die räumliche Begrenzung einer solchen Erlaubnis und ihre Erteilung unter Berücksichtigung der Zahl und der Grösse der in der Region bereits tätigen Sicherheitsunternehmen nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.
- Gleiches gelte für das Erfordernis, dass die privaten Sicherheitsunternehmen eine Geschäftsniederlassung in jeder Provinz haben müssen, in der sie ihre Tätigkeit ausüben.
- Die Anforderung einer Mindest- oder einer Höchstzahl von Mitarbeitern der privaten Sicherheitsunternehmen als Voraussetzung für ihre Zulassung stehe nicht im Einklang mit den genannten Grundfreiheiten, ebensowenig wie die Pflicht zur Hinterlegung einer Sicherheit bei einer Bank und die Festlegung der Preise für die privaten Sicherheitsunternehmen durch den Präfekten.

In der **Rs. C-255/04 (Kommission/Frankreich)**⁹⁸ hält der EuGH zunächst fest, dass es gegen Art. 49 EGV verstosse, wenn die Erteilung einer Lizenz an Künstleragenturen, die in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen sind, vom Bedarf an Künstlervermittlung abhängig gemacht wird. Auch die Aufstellung einer (widerlegbaren) Vermutung, dass Künstler, die in ihrem Herkunftsmitgliedstaat als niedergelassene Dienstleister anerkannt sind und dort gewöhnlich vergleichbare Dienstleistungen erbringen, als Arbeitnehmer tätig werden, sei mit Art. 49 EGV nicht vereinbar. Ein rechtfertigungsbedürftiger Eingriff in Art. 49 EGV – der als umfassendes Beschränkungsverbot auszulegen sei – liege schon deshalb vor, weil die Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft die Künstler bei der Ausübung ihrer Dienstleistungsfreiheit behindern könne, da sie beweisen müssten, dass sie nicht als Arbeitnehmer tätig sind. Diese Beschränkung könne auch nicht gerechtfertigt werden. Zwar sei das Anliegen des sozialen Schutzes der Künstler – dessen Schutzniveau grundsätzlich durch die Mitgliedstaaten festzulegen sei – ein zwingender Grund des Allgemeininteresses. Die Garantie sozialer Sicherheit für Dienstleister sei jedoch Gegenstand einer Koordinierung auf Gemeinschaftsebene, was eine Rechtfertigung ausschliesse. Was das Ziel der Bekämpfung der Schwarzarbeit betrifft, so sei der Umstand, dass Künstler gewöhnlich nicht auf Dauer engagiert würden, für sich allein nicht ausreichend, um einen allgemeinen Verdacht auf Schwarzarbeit zu begründen.

⁹⁸ EuGH, Rs. C-255/04, *Kommission/Frankreich*, Slg. 2006, I-5251.

- Regelungen über die **staatliche Kostenerstattung**, die eine solche lediglich für im Inland niedergelassene Unternehmen vorsehen, sind grundsätzlich nicht mit Art. 49 EGV vereinbar⁹⁹.

Die Kommission rügte in der **Rs. C-469/01 (Kommission/Frankreich)**¹⁰⁰ einen Verstoß Frankreichs gegen Art. 43 und 49 EG, da Frankreich in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Labors für biomedizinische Analysen die erforderliche Betriebsgenehmigung nur erteile, wenn diese ihre betriebliche Niederlassung in Frankreich hätten. Weiter sei es nicht mit den genannten Vorschriften vereinbar, dass jegliche Erstattung von Kosten für biomedizinische Analysen, die von einem Labor für biomedizinische Analysen durchgeführt würden, das in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist, ausgeschlossen sei. Der Gerichtshof wies vorab darauf hin, dass die Mitgliedstaaten mangels Harmonisierung einer beruflichen Tätigkeit grundsätzlich befugt blieben, die Ausübung dieser Tätigkeit zu regeln, dies jedoch unter Beachtung der Grundfreiheiten. Einen Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit konnte der Gerichtshof zwar nicht feststellen, jedoch kam er nach einer eingehenden Untersuchung der Regelungen zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen Art. 49 EG in Bezug auf das Erfordernis einer betrieblichen Niederlassung für biomedizinische Analyselabors als Voraussetzung für die Zulässigkeit ihrer Tätigkeiten und die Erstattungsfähigkeit der Kosten im Zuge der Durchführung von Analysen vorliege, der auch nicht aus Gründen des Gesundheitsschutzes zu rechtfertigen sei, da insbesondere mildere Massnahmen denkbar seien.

C. Zur Tragweite des Sekundärrechts

Die Erörterung der primärrechtlichen Vorgaben für die Ausgestaltung des Marktzugangs zu bestimmten Tätigkeiten¹⁰¹ hat auch gezeigt, dass dieses es den Mitgliedstaaten unter bestimmten Voraussetzungen ermöglicht, den Marktzugang im Hinblick auf die Verfolgung von zwingenden Gründen des Allgemeinwohls zu beschränken. Insoweit können also

⁹⁹ S. insoweit auch zur Rechtsprechung des EuGH betreffend die Erstattung der Kosten für medizinische Dienstleistungen im Ausland *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Die Rechtsprechung des EuGH zur Personenfreizügigkeit, in: Epiney/Wyssling (Hrsg.), Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht 2006/2007, 2007, 101, 120 f., m.w.N.

¹⁰⁰ EuGH, Rs. C-469/01, Kommission/Frankreich, Slg. 2004, I-2351.

¹⁰¹ Oben B.

Marktzugangsschranken trotz der primärrechtlich verankerten Personenfreizügigkeitsrechte aufrecht erhalten bleiben. Vor diesem Hintergrund zielt das Sekundärrecht darauf ab, durch die Formulierung entsprechender Pflichten für die Mitgliedstaaten Teile dieser fortbestehenden Marktzugangshindernisse abzubauen bzw. die Rechte und Pflichten der Marktteilnehmer und der Mitgliedstaaten klar zu regeln.

Die Rechtsgrundlagen für den Erlass von Harmonisierungsmassnahmen der Gemeinschaft für den hier interessierenden Bereich finden sich in Art. 40¹⁰², Art. 47 und Art. 52¹⁰³ EGV, wobei im Zusammenhang mit der gegenseitigen Anerkennung von Diplomen und Zeugnissen vor allem Art. 47 EGV¹⁰⁴ von Bedeutung ist. Diese Bestimmung erlaubt den Erlass von Richtlinien sowohl zur gegenseitigen Anerkennung¹⁰⁵ von Diplomen, Prüfungszeugnissen und

¹⁰² Massnahmen zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Viele Anerkennungsrichtlinien wurden auch gestützt auf diese Rechtsgrundlage erlassen, um die abhängig Beschäftigten miteinzubeziehen.

¹⁰³ Kompetenz zum Erlass von Richtlinien zur Aufhebung der Beschränkungen im Bereich der Dienstleistungsfreiheit. Im Vergleich zur viel bedeutsameren Ermächtigungsgrundlage von Art. 55 i.V.m. 47 EGV und insbesondere seit dem Übergang der Politik von einzelnen Liberalisierungsakten zu jener der gegenseitigen Anerkennung und Mindestharmonisierung, wird Art. 52 EGV nur noch selten als Ermächtigungsgrundlage herangezogen, vgl. dazu *Winfried Kluth*, Art. 52 EGV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 3. Aufl., 2007, 843, Rn. 6ff.

¹⁰⁴ Art. 47 Abs. 3 EGV ist schon seit einiger Zeit obsolet, weil auch für die ärztlichen, arztähnlichen und pharmazeutischen Berufe das Beschränkungsverbot unmittelbar gilt und zudem die nötigen Koordinierungsregelungen zwischenzeitlich ergangen sind, vgl. auch *Jürgen Bröhmer*, Art. 47 EGV, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar*, 3. Aufl., 2007, 802, Rn. 3.

¹⁰⁵ Zu unterscheiden ist die berufliche von der akademischen Diplomanerkennung: Unter der akademischen Diplomanerkennung werden diejenigen Anerkennungsvorgänge verstanden, die alle schulischen und akademischen Qualifikationen zum Gegenstand haben, die Voraussetzung für den Besuch von weiterführenden Bildungseinrichtungen (Schulen, Universitäten, aber auch Post-Grad-Studiengängen) sind. Verschiedene internationale Übereinkommen im Rahmen des Europarates und der UNESCO befassen sich mit der Anerkennung akademischer Titel und Grade, siehe dazu die Hinweise bei *Jürgen Tiedje/Peter Troberg*, Art. 47 EGV, in: *von der Groeben/Schwarze* (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union und Vertrag*

sonstigen Befähigungsnachweisen (Art. 47 Abs. 1 EGV) als auch zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten.

Durch die Anerkennung verleiht der Aufnahmestaat der ausländischen Massnahme des Entsendestaates extraterritoriale Wirkung, wodurch der Marktzugang (z.B. Zulassung zu einer reglementierten Tätigkeit durch Anerkennung eines gleichwertigen Befähigungsausweises) nicht mehr nur im Gebiet des Ausstellungsstaates, sondern auf dem ganzen Gebiet der Europäischen Union gewährleistet ist, wenn alle Mitgliedstaaten die Anerkennung vornehmen. Das Prinzip der Anerkennung richtet sich damit auf Vereinfachung des Wechsels von einem zum anderen nationalen System. Der Erlass von Richtlinien soll die Anerkennung von Diplomen also dadurch erleichtern, indem sie Regeln und Kriterien aufstellen, die so weit wie möglich zu einer automatischen Anerkennung dieser Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstige Befähigungsnachweise führen¹⁰⁶.

Auch das Prinzip der Koordinierung dient in erster Linie einem möglichst beschrankungsfreien Grenzübertritt; der Wechsel von einem Rechtssystem in ein anderes soll erleichtert werden, indem die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten harmonisiert werden. Die Koordinierung ist demnach ein rein innerstaatlicher Prozess der erst durch die Anerkennung Wirkungen auf das Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten entfaltet. Allerdings setzt die Anerkennung keine vollständige Koordinierung voraus; nach vollständiger Koordinierung kann die Anerkennung aber zur Pflicht werden¹⁰⁷.

Im Folgenden soll lediglich ein kurzer Überblick über das bisherige System der allgemeinen und sektorspezifischen Anerkennungsrichtlinien erfolgen (I.), um anschliessend im Vergleich die Systematik der neuen Berufsanerkennungsrichtlinie RL 2005/36/EG aufzeigen zu können (II.)¹⁰⁸.

zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften – Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl., 2003, 1565 ff., Rn. 24 ff. Eine Anerkennung akademischer Titel und Grade kann aber sehr wohl unter die Niederlassungsfreiheit und somit Art. 47 EGV fallen, nämlich dann, wenn sie zu beruflichen Zwecken erfolgt; siehe dazu hinsichtlich eines Master of Laws/LL.M. EuGH, Rs. C-19/92, *Kraus*, Slg. 1993, I-1663. Hierzu auch oben.

¹⁰⁶ Vgl. dazu EuGH, Rs. C-31/00, *Dreessen*, Slg. 2002, I-663, Rz. 26.

¹⁰⁷ *Tiedje/Troberg*, Art. 47 (Fn. 105), Rn. 5.

¹⁰⁸ Für ausführlichere Hinweise zum Richtliniensystem, insbesondere auch im Zusammenspiel mit der Dienstleistungsrichtlinie RL 2006/123/EG, siehe den Beitrag von *Winfried Kluth* in diesem Band.

I. Das System bis Oktober 2007

1. Allgemeine Richtlinien

Der Rat hat bereits vor Ablauf des Übergangszeitraumes Ende 1969, nach dem die Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar wurden, verschiedene Richtlinien¹⁰⁹ erlassen, die ein Verfahren für die Anerkennung bestimmter Befähigungsnachweise einführen. Drei Richtlinien gehören dabei zum sog. System der allgemeinen Anerkennung von Berufsqualifikationen:

- RL 1999/42/EG¹¹⁰ über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für bestimmte Berufstätigkeiten¹¹¹,
- die RL 89/48/EWG¹¹², die Diplome erfasst, die eine mindestens dreijährige Hochschulausbildung abschliessen,
- und als Ergänzung zur RL 89/48 die RL 92/51/EWG¹¹³, die auch solche Nachweise von qualifizierten Berufsausbildungen erfasst, die unter dem Niveau eines dreijährigen Hochschulstudiums liegen.

¹⁰⁹ Zuerst wurden verschiedene Übergangsrichtlinien erlassen, so z.B. für den Handwerksbereich die RL 64/427/EWG des Rates vom 7.7.1964 über die Einzelheiten der Übergangsmassnahmen auf dem Gebiet der selbständigen Tätigkeiten der be- und verarbeitenden Gewerbe der CITI-Hauptgruppen 23-40 (Industrie und Handwerk), ABl. 117 vom 23.7.1964, 1863, die später in der allgemeinen RL 1999/42/EG zusammengefasst wurden.

¹¹⁰ RL 1999/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.6.1999 über ein Verfahren zur Anerkennung der Befähigungsnachweise für die unter die Liberalisierungs- und Übergangsrichtlinien fallenden Berufstätigkeiten in Ergänzung der allgemeinen Regelung zur Anerkennung der Befähigungsnachweise, ABl. L 201 vom 31.7.1999, 77.

¹¹¹ Insbesondere der gewerbliche Bereich von Industrie und Handwerk. Hier wird besonders auf die Berücksichtigung der praktischen Berufserfahrung Wert gelegt, da in diesem Bereich die mitgliedstaatlich strukturierten Ausbildungsgänge und die jeweiligen Berufsbilder divergieren können. Der Nachweis hinreichender praktischer Berufserfahrung wird durch die Vorlage einer sog. EU-Bescheinigung erbracht, vgl. *Stork*, WiVerw 2006 (Fn. 2), 152, 156.

¹¹² RL 89/48/EWG des Rates vom 21.12.1988 über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome, die eine mindestens dreijährige Berufsausbildung abschliessen, ABl. L 019 vom 24.01.1989, 16.

Das allgemeine Anerkennungssystem ist auf Berufe anwendbar, die im Aufnahmemitgliedstaat reglementiert sind¹¹⁴. Die Anerkennung ist bei materieller und funktionaler Gleichwertigkeit der Qualifikation des Antragstellers mit den im Inland geforderten Qualifikationen zu gewähren; falls wesentliche Differenzen in den jeweiligen Ausbildungen vorhanden sind, kann der Aufnahmestaat gewisse Ausgleichsmassnahmen¹¹⁵ ergreifen. Insofern sehen diese Richtlinien keine „automatische“ Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diplome und Befähigungsnachweise vor; vielmehr ist jeder Antrag von der zuständigen Behörde einzeln zu prüfen.

Für die Anwendbarkeit der Regeln zur Diplomanerkennung des allgemeinen Systems und die Anerkennung sind kurz zusammengefasst fünf wesentliche Punkte massgebend¹¹⁶:

- Erstens muss es sich beim Antragsteller um einen Staatsbürger eines Mitgliedstaats handeln¹¹⁷.
- Zweitens muss die Qualifikation, die der Antragsteller anerkennen lassen will, durch eine Ausbildung erlangt worden sein, die zu überwiegendem Teile in einem der berechtigten Staaten (Mitgliedstaaten, EWR-Staaten oder die Schweiz) absolviert wurde.
- Drittens muss die Qualifikation in diesem Staat unmittelbar den Zugang zum jeweiligen Beruf eröffnen.
- Viertens muss der angestrebte Beruf im Aufnahmestaat reglementiert sein.

¹¹³ RL 92/51/EWG des Rates vom 18.6.1992 über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung zur Richtlinie 89/48/EWG, ABl. L 209 vom 24.7.1992, 25.

¹¹⁴ Wann ein Beruf als reglementiert gilt, ist im Einzelfall zu prüfen. Im weitesten Sinne muss es sich bei der Voraussetzung für die Zulassung zum Beruf um eine staatliche Regelung handeln, vgl. dazu *Stork*, WiVerw 2006 (Fn. 2), 152, 155.

¹¹⁵ So zum Beispiel Eignungsprüfungen oder Anpassungslehrgänge, vgl. Art. 4 RL 89/48/EWG; Art. 4 Abs. 1, 5, 7 RL 92/51/EWG sowie Art. 3 Abs. 1 RL 1999/42/EG (überprüfen).

¹¹⁶ Vgl. zu diesen Punkten auch *Stork*, WiVerw 2006 (Fn. 2), 152, 155, mit weiteren Hinweisen.

¹¹⁷ Durch das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR-Abkommen, ABl. L 1 vom 3.1.1994, 3) und dem Personenfreizügigkeitsabkommen mit der Schweiz (ABl. L 114 vom 30.4.2002, 6) gelten die Bestimmungen auch für Staatsangehörige der EFTA-Staaten Island, Liechtenstein, Norwegen und die Schweiz.

- Schliesslich muss die vorgelegte Qualifikation hat den bereits aus dem Primärrecht bekannten¹¹⁸ funktionalen und materiellen Gleichwertigkeitserfordernissen genügen.

2. *Sektorspezifische Richtlinien*

Neben den Richtlinien, die allgemeine Anerkennungsregelungen normieren, hat der Rat auch sektorspezifische Richtlinien erlassen. So wurden besonders im Gesundheitsbereich berufsgruppenspezifische Regelungen erlassen, die eine Auflistung von Qualifikationen enthalten, die dem Inhaber den Zugang zum jeweiligen Beruf ermöglichen und die den entsprechenden Qualifikationen aus anderen Mitgliedstaaten gleichzustellen sind.

Insgesamt wurden auf dem Weg des sektoralen Ansatzes 12 Richtlinien zu den Berufen der Ärzte, Krankenschwestern, Zahnärzte, Tierärzte, Hebammen, Apotheker sowie bestimmten pharmazeutischen Tätigkeiten, und Architekten erlassen¹¹⁹.

¹¹⁸ Hierzu oben.

¹¹⁹ RL 93/16/EWG des Rates vom 5.4.1993 zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise, ABl. L 165 vom 7.7.1993, 1; RL 77/452/EWG des Rates vom 27.6.1977 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, und über Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 176 vom 15.7.1977, 1; RL 77/453/EWG des Rates vom 27.6.1977 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten der Krankenschwester und des Krankenpflegers, die für die allgemeine Pflege verantwortlich sind, ABl. L 176 vom 15.7.1977, 8; RL 78/686/EWG des Rates vom 25.7.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Zahnarztes und für Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 233 vom 24.8.1978, 1; RL 78/687/EWG des Rates vom 25.7.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Zahnarztes, ABl. L 233 vom 24.8.1978, 10; RL 78/1026/EWG des Rates vom 18.12.1978 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prü-

Nur in diesen bereits durch das Gemeinschaftsrecht harmonisierten Ausbildungsgängen verschiedener Berufe kann eine Anerkennung der Qualifikationen automatisch, d.h. ohne Durchführung eines in der Sache prüfenden Anerkennungsverfahrens, wie dies die allgemeinen Richtlinien verlangen, erfolgen.

Aufgrund der sehr zeit- und arbeitsaufwändigen Harmonisierungsbestrebungen, aber auch aus politischen Gründen wurde der sektorale Ansatz beim Erlass von Richtlinien nicht weiter verfolgt¹²⁰, sondern der Erlass einer konso-

fungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Tierarztes und für Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 362 vom 23.12.1978, 1; RL 78/1027/EWG des Rates vom 18.12.1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Tätigkeiten des Tierarztes, ABl. L 362 vom 23.12.1978, 7; RL 80/154/EWG des Rates vom 21.1.1980 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise für Hebammen und über Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr, ABl. L 33 vom 11.2.1980, 1; RL 80/155/EWG des Rates vom 21.1.1980 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften betreffend die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeiten der Hebamme, ABl. L 33 vom 11.2.1980, 8; RL 85/432/EWG des Rates vom 16.9.1985 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten, ABl. L 253 vom 24.9.1985, 34; RL 85/433/EWG des Rates vom 16.9.1985 über die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise des Apothekers und über Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts für bestimmte pharmazeutische Tätigkeiten; ABl. L 253 vom 24.9.1985, 37; RL 85/384/EWG des Rates vom 10.6.1985 für die gegenseitige Anerkennung der Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise auf dem Gebiet der Architektur und für Massnahmen zur Erleichterung der tatsächlichen Ausübung des Niederlassungsrechts und des Rechts auf freien Dienstleistungsverkehr; ABl. L 223 vom 21.8.1985, 15. Die Richtlinien wurden zuletzt jeweils durch die RL 2001/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.5.2001, ABl. L 206 vom 31.7.2001, 1, geändert.

¹²⁰ Dies selbst im Bereich der freien Berufe, siehe *Stork*, WiVerw 2006 (Fn. 2), 152, 156.

lidierenden und vereinfachenden Richtlinie, die in Gestalt der neuen Berufsqualifikationsrichtlinie 2005/36¹²¹ am 20.10.2005 in Kraft trat¹²², angestrebt.

II. Das neue System: die Berufsanerkennungsrichtlinie (RL 2005/36)

Die neue Berufsanerkennungsrichtlinie führt zu einer umfassenden Änderung des Systems der Anerkennung von Berufsqualifikationen in der Gemeinschaft. Sie konsolidiert¹²³ drei allgemeine Richtlinien (RL 89/48, RL 92/51 und RL 1999/42¹²⁴) und zwölf sektorielle Richtlinien (RL 93/16, RL 77/452, RL 77/453, RL 78/686, RL 78/687, RL 78/1026, RL 78/1027, RL 80/154, RL 80/155, RL 85/432, RL 85/433 und RL 85/384¹²⁵) in einen Rechtstext und enthält weitgehend sektorübergreifende Bestimmungen.

Die Bestimmungen der Richtlinie sind – abgesehen von einigen Ausnahmen wie z.B. Rechtsanwälten oder Notaren – auf alle reglementierten Berufe anwendbar. Unter reglementierten Tätigkeiten werden wie bisher alle beruflichen Tätigkeiten verstanden, deren Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt an den Besitz bestimmter Berufsqualifikationen (Hochschuldiplome, Diplome, Prüfungszeugnisse oder sonstige Befähigungsnachweise) gebunden ist. Die Richtlinie gilt für alle Marktteilnehmer, seien es abhängig oder selbständig Beschäftigte, die einen reglementierten Beruf in einem anderen Mitgliedstaat ausüben wollen als dem, in dem sie ihre berufliche Qualifikation erworben haben. Konzeptuell knüpft die RL zunächst also an die bisherigen allgemeinen Aner-

¹²¹ RL 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7.9.2005 über die Anerkennung der Berufsqualifikationen und zur Aufhebung der Richtlinie 77/452/EWG, 77/453/EWG, 78/686/EWG, 78/687/EWG, 78/1026/EWG, 78/1027/EWG, 80/154/EWG, 80/155/EWG, 85/384/EWG, 85/432/EWG, 85/433/EWG, 89/48/EWG, 92/51/EWG, 93/16/EWG und 1999/42/EG, ABl. 2005 L 255/22.

¹²² Die Richtlinie war bis zum 20.10.2007 ins Recht der Mitgliedstaaten umzusetzen, vgl. Art. 63 RL 2005/36/EG.

¹²³ Mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 20.10.2007 wurden die genannten 15 Richtlinien aufgehoben.

¹²⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 110, 112, 113. Zu diesen Richtlinien oben C.I.1.

¹²⁵ Vgl. für die genauen Angaben Fn. 119.

kennungsrichtlinien an. Der dort formulierte Grundsatz, dass die Anerkennung von Diplomen resp. die Zulassung zur Berufsausübung an die Voraussetzung geknüpft ist, dass im Herkunftsmitgliedstaat bereits eine Berufsqualifikation für die Ausübung dieser Tätigkeit erforderlich ist, wird jedoch etwas relativiert. Dabei ist zwischen der Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit zu unterscheiden:

- Hinsichtlich der Dienstleistungsfreiheit sieht Art. 5 Abs. 1 RL 2005/36 vor, dass die Mitgliedstaaten die Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Berufsqualifikation dann nicht einschränken können, wenn der Dienstleistungserbringer im Herkunftsmitgliedstaat zur Ausübung des in Frage stehenden Berufs rechtmässig niedergelassen ist und – im Falle der Nichtreglementierung des Berufs im Herkunftsmitgliedstaat – den Beruf mindestens zwei Jahre während der vorhergehenden zehn Jahre im Herkunfts- bzw. Niederlassungsmitgliedstaat ausgeübt hat. M.a.W. impliziert eine solche zweijährige Berufstätigkeit die Pflicht zur gegenseitigen Anerkennung im Rahmen der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit¹²⁶.

Begibt sich der Dienstleistungserbringer in einen anderen Mitgliedstaat, so unterliegt er im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln, die dort in unmittelbarem Zusammenhang mit den Berufsqualifikationen für Personen gelten, die denselben Beruf wie er ausüben, und den dort geltenden Disziplinarbestimmungen (Art. 5 Abs. 3 RL 2005/36/EG). Zu diesen Bestimmungen gehören etwa Regelungen für die Definition des Berufs, das Führen von Titeln und schwerwiegende berufliche Fehler in unmittelbarem und speziellem Zusammenhang mit dem Schutz und der Sicherheit der Verbraucher. Gemäss Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 ist der Dienstleistungserbringer jedoch von der Zulassung, Eintragung oder Mitgliedschaft bei einer Berufsorganisation befreit. So entfällt z.B. bei Steuerberatern die obligatorische Kammermitgliedschaft¹²⁷. Um die Anwendung der in ihrem Hoheitsgebiet geltenden Disziplinarbestimmungen gemäss Artikel 5 Abs. 3 zu erleichtern, können die Mitgliedstaaten entweder eine automatische vorübergehende Eintragung oder eine Pro-Forma-Mitgliedschaft bei einer solchen Berufsorganisation vorsehen, sofern diese Eintragung oder Mitgliedschaft die Erbringung der Dienstleistungen in keiner Weise verzögert oder erschwert und für den Dienstleistungserbringer keine zusätzlichen Kosten verursacht. Damit ist auch die Pflicht zur Entrichtung von Kammerbeiträgen ausgeschlossen. Die zuständige Behörde übermittelt der betreffenden Berufsorganisation eine Kopie der Meldung.

¹²⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen, unter denen die Dienstleistungsfreiheit betroffen ist, EuGH, Rs. C-55/94, *Gebhard*, Slg. 1995, I-4165.

¹²⁷ S. auch schon EuGH, Rs. C-58/98, Corsten, Slg. 2000, I-7919, Rn. 44 ff.

- Bezüglich der Niederlassung wird an das bisherige Konzept der Diplomanerkennung in den allgemeinen RL 89/48 und 92/52 angeknüpft. Gemäss Art. 11 werden zudem vier Berufsqualifikationsniveaus eingeführt, die eine leichtere Vergleichbarkeit der Qualifikationsniveaus in den Mitgliedstaaten erreichen sollen. Zur Vereinfachung der Anerkennung können ausserdem gemäss Art. 15 die Mitgliedstaaten selbst oder Berufsverbände Plattformen bilden, damit diese objektive Kriterien zu der Frage ausarbeiten, wie wesentliche Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Ausbildungsanforderungen ausgeglichen werden können. Bei Erfüllung dieser Kriterien durch den sich Niederlassenden soll dies zu einer automatischen Berufsanerkennung führen. Damit bleibt es für die Niederlassung dabei, dass nur solche Personen für die Niederlassung Rechte aus der RL 2005/36/EG ableiten können, deren Beruf (auch) im Herkunftsmitgliedstaat reglementiert ist bzw. für den ein Befähigungs- oder Ausbildungsnachweis erforderlich ist (vgl. Art. 13).

III. Exkurs: zur Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123)

Auch die neue Dienstleistungsrichtlinie¹²⁸ regelt Fragen des Marktzugangs, weshalb in einem Exkurs kurz auf die wesentlichen diesbezüglichen Regelungen hingewiesen werden soll: In Bezug auf die Freiheit des Dienstleistungserbringers, im Aufnahmestaat seine Dienstleistungen zu erbringen, sieht Art. 16 folgende Regelung vor:

- Die Dienstleistungsfreiheit wird gewährleistet.
- Eine Berufung auf die Regeln des Niederlassungsstaats ist nach der Richtlinie nur zulässig, wenn tatsächlich eine Niederlassung in diesem Staat besteht.

Nach Art. 4 Ziff. 5 ist „Niederlassung“ die tatsächliche Ausübung einer von Artikel 43 EGV erfassten wirtschaftlichen Tätigkeit durch den Dienstleistungserbringer auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Infrastruktur, von der aus die Geschäftstätigkeit der Dienstleistungserbringung tatsächlich

¹²⁸ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376 vom 27.12.2006, 36. Zu dieser sowie der RL 2005/36 auch noch ausführlich den Beitrag von *Winfried Kluth* (in diesem Band).

ausgeübt wird. Durch diese Regelung soll insbesondere verhindert werden, dass durch eine bloß fiktive Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat die Regelungen des Staates der Dienstleistungserbringung umgangen werden.¹²⁹

- Die Richtlinie führt eine Reihe von Beschränkungen auf, die keinesfalls zulässig sind.
- Weiter sind Beschränkungen erlaubt, dies allerdings nur aus Gründen der öffentlichen Sicherheit, Ordnung oder Gesundheit sowie aus Gründen des Umweltschutzes. Dabei ist die Verhältnismässigkeit zu wahren. Damit werden die zulässigen Rechtfertigungsgründe im Verhältnis zur Rechtsprechung des EuGH eingeschränkt, und man wird diese Bestimmung wohl so auslegen können, dass weitere Rechtfertigungsgründe für die Beschränkung der Erbringung von Dienstleistungen nicht (mehr) zulässig sind. Dieser Ansatz drängt sich die hier vertretene Ansicht auch vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Richtlinie auf, da ursprünglich ein viel weiter gehendes Herkunftslandsprinzip verankert wurde.¹³⁰

Fraglich könnte das Verhältnis der RL 2006/123 zur RL 2005/36 sein. Wie gezeigt¹³¹ erlaubt es diese Richtlinie den Mitgliedstaaten, in Bezug auf reglementierte Berufe im Aufnahmestaat, die im Herkunftsstaat nicht reglementiert sind, eine gewisse Mindesttätigkeitsdauer (zwei Jahre) zu verlangen, dies insoweit im Gegensatz zur RL 2006/123. Beide Richtlinien stehen hierarchisch auf gleicher Stufe. In Anbetracht des Umstandes, dass die RL 2005/36 aber spezifisch die Frage der Dienstleistungs-

¹²⁹ *Salvatore D'Acunto*, La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, RDUE 2004, 201, 213.

¹³⁰ Vgl. die Nachweise bei *Lars Albath/Martina Giesler*, Das Herkunftslandsprinzip in der Dienstleistungsrichtlinie – eine Kodifizierung der Rechtsprechung?, EuZW 2006, 38 ff.; *D'Acunto*, RDUE 2004 (Fn. 129), 201 (220 ff.); *Olivier De Schutter/Stéphanie Francq*, La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur, CDE 2005, 603, 605 ff.; *Thien Uyen Do*, La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service?, RDUE 2006, 111, 118 f.; *Dieter Kugelmann*, Die Dienstleistungs-Richtlinie der EG zwischen der Liberalisierung von Wachstumsmärkten und europäischem Sozialmodell EuZW 2005, 327 ff.; *Thomas Lambrich*, Harmonisierung oder Konkurrenz der europäischen Arbeitsrechtsordnungen? – Der Vorschlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt, EWS 2006, 251 ff.

¹³¹ Oben C.II.

freiheit für reglementierte Berufe (auch) im Aufnahmestaat regelt, spricht Vieles dafür, dass diese Richtlinie im Verhältnis zur neuen Dienstleistungsrichtlinie eine *lex specialis* darstellt, so dass im Falle der Einschlägigkeit der RL 2005/36 auf diese, und nicht auf die RL 2006/123, abzustellen ist¹³².

D. Zur Tragweite des Freizügigkeitsabkommens – eine Skizze

Am 21. Juni 1999 wurde das Abkommen über die Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und der EG sowie ihren Mitgliedstaaten¹³³ (FZA)¹³⁴ nach langjährigen Verhandlungen¹³⁵ unterzeichnet; es ist als eines von sieben sog. sektoriellen Abkommen¹³⁶ am 1. Juni 2002 in Kraft getreten. Erklärtes Ziel des auf Wunsch der EG ausgehandelten Abkommens ist es, die Freizügigkeit zwischen den Vertragsparteien „auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen“¹³⁷. Deutlich wird damit, dass sich das Ab-

¹³² In diese Richtung wohl auch *Kluth/Rieger*, *GewArch* 2006 (Fn. 51), 1 (3 f.).

¹³³ Neben der Schweiz und der EG sind auch deren Mitgliedstaaten Partei des Abkommens, so dass es sich entgegen der verbreiteten umgangssprachlichen Bezeichnung nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt. Vgl. insofern auch *Stephan Breitenmoser/Michael Isler*, *Der Rechtsschutz im Personenfreizügigkeitsabkommen zwischen der Schweiz und der EG sowie den EU-Mitgliedstaaten*, *AJP* 2002, 1003, 1005.

¹³⁴ Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, *BBJ* 1999, 7027 ff.; *ABIEG* L 114 vom 30.4.2002, 6 ff.

¹³⁵ Zu diesen *Bettina Kahil-Wolff*, *Suisse – Europe, Aspects politiques et juridiques des négociations bilatérales*, 1995, 9 ff.

¹³⁶ Die anderen Abkommen betreffen die Bereiche Forschung, technische Handelshemmnisse, landwirtschaftliche Produkte, Landverkehr, Luftverkehr und öffentliches Auftragswesen; für die Texte aller Abkommen siehe *BBJ* 1999, 6489 ff.; *ABIEG* L 114 vom 30.4.2002, 1 ff.

¹³⁷ Vgl. Präambel des FZA.

kommen inhaltlich eng an die primär- und sekundärrechtlichen Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts in diesem Bereich anlehnt und diese im Ergebnis weitgehend übernimmt. Vor diesem Hintergrund geht das Ziel des Abkommens auch und gerade dahin, im Bereich der Freizügigkeit zwischen der Schweiz und der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten ein Rechtsregime zu verwirklichen, das parallel zu der Rechtslage in der Europäischen Union ausgestaltet ist. Angesichts des besonderen Charakters des europäischen Gemeinschaftsrechts, der Komplexität der gemeinschaftlichen Regelungen über die Personenfreizügigkeit – die etwa auch Bereiche umfassen bzw. berühren, die im Freizügigkeitsabkommen nicht ausdrücklich verankert sind, wie insbesondere die Unionsbürgerschaft – sowie der Dynamik der Rechtsentwicklung in der EU sowohl auf der Ebene der Rechtsetzung als auch der Rechtsprechung wirkt die konkrete Umsetzung und Verwirklichung dieser Zielsetzung in dem Abkommen aber vielschichtige Probleme auf¹³⁸.

Im Ergebnis impliziert es die erwähnte „Übernahme“ des Gemeinschaftsrechts im Bereich der Personenfreizügigkeit in dem Abkommen, dass in den Bereichen, in denen an das Gemeinschaftsrecht angeknüpft wird, grundsätzlich¹³⁹ die gemeinschaftsrechtliche Auslegung – unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH – auch im Rahmen des

¹³⁸ Denen hier aber nicht im Einzelnen nachgegangen werden soll. Vgl. hierzu m.w.N. *Edgar Imhof*, Das Freizügigkeitsabkommen EG – Schweiz und seine Auslegungsmethode, ZESAR 2007, 155 ff. 217 ff.; *Hanspeter Mock/Fabrice Filliez*, Libre circulation des personnes et regroupement familial: à propos de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg par le Tribunal fédéral, SZIER 2006, 237 ff.; *Astrid Epiney*, Das Abkommen über die Personenfreizügigkeit – Überblick und ausgewählte Aspekte, in: Achermann/Epiney/Kälin/Nguyen (Hrsg.), Jahrbuch für Migrationsrecht / Annuaire du droit de la migration 2004/2005, 2005, 45 ff.; *Astrid Epiney/Robert Mosters*, Un exemple d'interprétation des accords conclus entre la Suisse et l'Union européenne: l'accord sur la libre circulation des personnes, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“. Zur Übernahme des gemeinschaftlichen Besitzstandes durch Drittstaaten, insbesondere die Schweiz, Zürich 2006, 57 ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, ZBJV 2005, 1 ff.

¹³⁹ Zu Einzelfragen die Nachweise in Fn. 138.

Abkommens heranzuziehen ist. Im Einzelnen bedeutet dies in Bezug auf die in diesem Beitrag erörterte Fragestellung insbesondere Folgendes:

- Arbeitnehmerfreizügigkeit und Niederlassungsfreiheit werden im Haupttext des Abkommens und im Anhang I letztlich parallel zu Art. 39, 43 EGV gewährleistet, wenn auch die Formulierungen teilweise abweichend ausgestaltet sind¹⁴⁰. Daher sind die erörterten Grundsätze¹⁴¹ auch im Rahmen der Anwendung des Abkommens zu beachten.
- Soweit die Dienstleistungsfreiheit betroffen ist, sieht das Abkommen zwar – im Vergleich zum Gemeinschaftsrecht – abweichende Regeln in Bezug auf die Dauer der Dienstleistung vor („90-Tage-Regelung“), Art. 5 Abs. 1 FZA. Soweit Dienstleistungen aber vom Abkommen erfasst werden, ist auch hier an die Auslegung der Tragweite der Dienstleistungsfreiheit im Gemeinschaftsrecht anzuknüpfen.
- Soweit das Sekundärrecht betroffen ist, listet Anhang III FZA die durch die Schweiz zu beachtenden Rechtsakte auf. Unter diesen finden sich auch die erörterten „alten“ Diplomanerkennungsrichtlinien¹⁴². Werden neue Sekundärrechtsakte erlassen, kann der Anhang durch eine Entscheidung des Gemischten Ausschusses modifiziert werden (Art. 18 FZA). Dies ist bislang noch nicht geschehen, so dass insoweit im Verhältnis zur Schweiz noch das „alte“ System zum Zuge kommt, während in der Europäischen Union bzw. im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander die RL 2005/36 massgeblich ist. Es bleibt zu hoffen, dass der Anhang III möglichst rasch an diese Rechtsentwicklung angepasst werden kann, dies im Interesse einer durch das Abkommen angestrebten parallelen Rechtsentwicklung.

¹⁴⁰ Vor diesem Hintergrund ist es streitig, ob auch das Abkommen neben (jedenfalls weit zu verstehenden) Diskriminierungsverboten Beschränkungsverbote enthält. Vgl. die Nachweise in Fn. 138. Weder in der Schweiz noch in der EU bzw. ihren Mitgliedstaaten wurde diese Frage noch nicht gerichtlich entschieden.

¹⁴¹ Oben B.

¹⁴² Zu diesen oben C.I.

E. Schluss

Die Rechtsprechung des EuGH hat im Laufe der letzten rund 30 Jahre insgesamt sehr differenzierte Kriterien für die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Mitgliedstaaten den Zugang zu bestimmten Tätigkeiten einschränken oder bestimmte Aktivitäten reglementieren dürfen. Aus der Rechtsprechung lässt sich so – wie dargelegt¹⁴³ – eine Art „Prüfungsraster“ für die Analyse entsprechender Fragen ableiten. Gleichwohl wird es nicht immer einfach sein, im Voraus zu bestimmen, welche mitgliedstaatlichen Massnahmen noch den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen genügen. Dies hängt insbesondere auch damit zusammen, dass der EuGH es im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens den mitgliedstaatlichen Gerichten überlässt, die konkrete Verhältnismässigkeitsprüfung – die häufig für die Zulässigkeit einer Massnahme entscheidend ist – durchzuführen, wobei er den nationalen Gerichten immerhin gewisse „Auslegungshilfen“ mitgibt.

Für die Schweiz ist die Situation noch etwas komplexer, da die vom EuGH entwickelten Kriterien nicht als solche, sondern lediglich über die Heranziehung des Personenfreizügigkeitsabkommens relevant werden. Art. 16 Abs. 2 FZA sieht zudem vor, dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH insoweit, als das Abkommen auf gemeinschaftsrechtliche Begriffe zurückgreift, nur bis zum Datum der Unterzeichnung des Abkommens zu berücksichtigen ist. Wenn auch gute Gründe dafür sprechen, auch die danach ergangene Rechtsprechung zumindest grundsätzlich bei der Auslegung und Anwendung des Abkommens zu berücksichtigen¹⁴⁴, ist doch nicht zu verkennen, dass hier noch ein zusätzlicher Faktor der Unsicherheit zu verzeichnen ist, führt diese Regelungstechnik – die jedoch dem formal völkerrechtlichen Ansatz des Freizügigkeitsabkommens inhärent ist – doch dazu, dass es im Voraus nicht immer einfach sein wird zu bestimmen, ob und inwieweit gewisse (neuere) Urteile

¹⁴³ Oben B.

¹⁴⁴ Ausführlich *Epiney*, ZBJV 2005 (Fn. 138), 1 ff.

des EuGH im Rahmen der Anwendung des Abkommens relevant sind¹⁴⁵. Vor diesem Hintergrund wäre es wünschenswert, wenn durch die Rechtsprechung (des Bundesgerichts) gerade die Frage der Relevanz der neueren Rechtsprechung des EuGH im Sinne eines echten Grundsatzes ihrer Beachtung klargestellt würde¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Vgl. aber hierzu die in Fn. 49 erwähnten Übersichten über die Rechtsprechung des EuGH unter Berücksichtigung ihrer Tragweite für die Auslegung und Anwendung des Personenfreizügigkeiten.

¹⁴⁶ Bislang dürfte das Bundesgericht zwar die neuere Rechtsprechung des EuGH durchaus für beachtlich halten, ohne dass jedoch die dogmatischen Grundlagen für diesen Ansatz klargestellt werden, so dass der genaue Ansatz des Bundesgerichts nicht wirklich deutlich wird. Vgl. insbesondere Bundesgericht, Urteil vom 4.11.2003, 2A.91/2003, BGE 130 II 1. Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts vom 16.1.2004, 2A.457/2003, BGE 130 II 137.